
2015.2
juriste
INTERNATIONAL
Union Internationale des Avocats
Rassembler les avocats du monde • Bringing Together the World's Lawyers • Reunir a los abogados del mundo
UIA
Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados



Journal européen des droits de l'Homme
European Journal of Human Rights

Rédacteur en chef : **Olivier De Schutter**

Larcier

5 numéros par an • ± 450 pages par an

Abo. 2015 : **155,00 €**



Revue internationale des services financiers
International Journal for Financial Services

Directeur scientifique : **Thierry Bonneau**

Bruylant

4 numéros par an • ± 480 pages par an

Abo. 2015 : **185,00 €**



Revue européenne et internationale de droit fiscal
European and International Journal of Tax Law

Rédacteur en chef : **Thierry Lambert**

Bruylant

4 numéros par an • ± 480 pages par an

Abo. 2015 : **180,00 €**



Sommaire
Table of contents
Indice

Thème principal des illustrations : Valence ▌ Main picture theme: Valencia ▌ Tema principal de las ilustraciones: Valencia



Editorial

Editorial du Président

Miguel LOINAZ

« Là où il y a peu de justice, il est dangereux d'avoir raison ».[1]

Francisco de Quevedo

Partout dans le monde, des voix s'élèvent avec toujours plus de force pour parler des droits de l'homme. En tant que Président de l'Union Internationale des Avocats, j'ai participé à des conférences et débats sur ce sujet qui peut être étudié au travers de différents prismes politiques, culturels ou anthropologiques.

L'évidence qui en ressort est que nous parlons tous des droits de l'homme dans un monde qui est différent pour chaque être humain, la situation de chacun et chacune dépendant du lieu et environnement dans lesquels il/elle est née et vit. Un monde qui est inégal, asymétrique et qui présente des systèmes juridiques variés. C'est pour cette raison que je ne me lasse point de répéter que l'étude de ce sujet exige de la part de tou(te)s un effort de compréhension.

Je préside un organisme qui représente ce monde que je viens de décrire, un monde constitué d'hommes et de femmes différents et aux opinions, religions ou origines diverses. Un organisme qui est fier d'avoir fait de cette diversité une force et surtout une marque de respect et de compréhension.

Le préambule de la Charte des Nations Unies souligne la nécessité de *« proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites… ».*

Cette affirmation a été – et est encore – répétée de par le monde par des centaines d'organisations qui ont été créées pour travailler sur ce même thème et, surtout, pour essayer d'améliorer des situations améliorables. Conseils, commissions, sous-commissions, comités, organisations non-gouvernementales, etc. La liste d'entités œuvrant pour les droits de l'homme est longue et bien que nous les connaissions tous, nous tenons souvent peu compte que cette mission de défense des droits est menée – en général – par les avocats.

Et aujourd'hui plus que jamais, nous, avocats, cherchons à garantir ces droits à travers le monde. Pour atteindre cet objectif, nous devons travailler aux quatre coins de la planète pour faire en sorte que « le pouvoir soit subordonné au droit ».

Et bien que, dans de nombreuses situations, les avocats risquent leurs vies dans ce combat, n'abandonnons pas la question qui est devenue un moteur de notre travail à la tête de l'UIA : Qui défend ceux et celles qui défendent ?

Parfois, et dans de nombreux pays, l'opinion publique tend à associer les avocats aux personnes et institutions accusées d'infraction ou de délit. L'activité de l'avocat n'est en ce sens pas associée à la protection des droits à la liberté et à la justice mais à la condition de celui qui est défendu. Cette possible association constitue une des nombreuses raisons pour lesquelles la fonction du défenseur peut être dangereuse, surtout dans les moments d'agitation sociale et d'insécurité.

Si nous ajoutons à cela le problème du manque d'indépendance de la justice que connaissent de nombreux États, nous trouverons alors de nouvelles raisons pour abandonner la lutte pour la défense de la défense, pour les avocats menacés dans l'exercice de leur profession.

Ce sujet constitue l'une des principales préoccupations de cette présidence et nous ressentons l'urgente responsabilité de positionner sur la scène internationale le problème des avocats en danger. Lorsque je dis « urgente » c'est qu'au moment même où je rédige ces quelques lignes, nombre de nos confrères et consœurs, et parce qu'ils/elles ont exercé leur profession, doivent prendre des décisions difficiles afin de protéger leur vie et celle de leurs familles.

Nous souhaitons qu'une « Journée de l'avocat en danger » soit inscrite au calendrier ; peut-être comme un point de référence pour impliquer davantage la communauté internationale sur ce problème ; mais peut-être aussi pour nous convaincre que s'il existe une organisation qui se doit de rester vigilante, c'est bien notre chère Union Internationale des Avocats.

Chers amis, il est vrai que sans justice, les avocats ne pourraient exister ; mais il est aussi vrai que sans avocats, la justice serait injuste. Nous revenons ainsi aux paroles de Francisco de Quevedo : *« Là où il y a peu de justice, il est dangereux d'avoir raison ».*

La justice ne se définit pas seulement de par la pratique des organisations chargées de l'appliquer, c'est aussi une valeur. Cette valeur, nous la défendons et la préservons à l'UIA, et ceci se reflète dans la structure même de notre organisation.

Considérant que la justice est une valeur qu'il faut défendre, les avocats continueront d'être le dernier retranchement de la liberté.

Avocats du monde, je vous demande de ne pas abandonner cette lutte ; vous pouvez compter sur nous pour défendre la justice. À la justice, je demande de maintenir la balance en équilibre et de brandir son épée car sans ses bons offices… nous ne sommes rien.

Dr Miguel Ángel LOINAZ RAMOS
Président de l'UIA

1 - Francisco de Quevedo (Madrid, 1580 - 1645) Figure de la littérature espagnole.

President's Editorial

Miguel LOINAZ

"Where there is little justice, it is dangerous to be right".[1]

Francisco de Quevedo

An increasing number of voices are speaking out around the world, with growing insistence, on the subject of human rights. As the President of the International Association of Lawyers, I have spoken at conferences and debates on this topic, which can be approached from a variety of political, cultural and anthropological perspectives.

It is clear that everyone perceives human rights differently, depending on where they are born and the environment in which they are raised. The world is unequal and asymmetrical, with disparate legal systems. For this reason, I will never tire of repeating that everyone needs to make an effort when it comes to understanding human rights.

I chair an organisation that reflects the world I have just described, which is made up of different men and women with diverse beliefs, religions and origins. The UIA is proud to have made this diversity one of its strengths and, above all, a mark of respect and empathy.

The Preamble to the United Nations Charter establishes the need to *"reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small."*

This statement has been – and still is – repeated around the world by hundreds of organisations that have been created to advocate human rights and, above all, to improve situations where respect for human rights can potentially be enhanced: human rights councils, commissions, sub-commissions, committees, non-governmental organisations, etc. Although we are all familiar with the many different types of pro-human rights organisations, we often forget that it is for the most part lawyers who are tasked with defending human rights.

Today, more than ever, in our capacity as lawyers, we are seeking to ensure respect for these rights throughout the world. To achieve this goal, we must be willing to go to the ends of the earth in our work to ensure that power is subject to the rule of law.

In many situations, lawyers risk their lives in this struggle, therefore we should not neglect the question that has become a driving force for our work at the head of the UIA: who defends those who defend?

In many countries, public opinion sometimes tends to associate lawyers with the institutions or persons who are accused of a crime or offence. In other words, the lawyer's work is not associated with the protection of rights to freedom and justice, but with the condition of the defendant. This association is one of the many reasons why the role of a defence lawyer can be dangerous, especially at times of social unrest and turmoil.

Added to this is the problem of the lack of judicial independence in certain countries, which gives us new reasons not to give up the fight to defend those who defend, on behalf of lawyers around the world who are threatened when practising their profession.

This issue is one of the major concerns of this presidency. We feel an urgent responsibility to raise international awareness of the problem of lawyers who are under threat. When I say "urgent", I mean that while I am writing these few lines, many of our colleagues will have to take difficult decisions in order to protect their own lives and those of their families, merely as a result of practising their profession.

We would like to see the introduction of an international day to raise awareness of lawyers who are under threat, possibly as a reference point in order to increase the involvement of the international community in this area and perhaps also in order to convince us that if there is one organisation that must always be vigilant in this area, it is the International Association of Lawyers.

It is true, my dear friends, that without justice, lawyers would not even exist. But it is also true that without lawyers, Justice would be unfair. Therefore, I again refer you to the words of Francisco de Quevedo: *"Where there is little justice, it is dangerous to be right".*

Justice is not only defined by the existence and work of the institutions that are tasked with implementing it. It also is a value, which the UIA seeks to defend and uphold. This priority is reflected in the very structure of our organisation.

By understanding that justice is a value to be defended, lawyers will thus remain the last bastion of freedom.

To lawyers around the world, I ask you to not give up this fight; you can count on us to defend the values of justice. To the Lady of Justice, I ask that you continue to hold aloft your scales and not to relinquish your sword, as without them, we are lost.

Dr. Miguel Ángel LOINAZ RAMOS
UIA President

1 - Francisco de Quevedo (Madrid, 1580 - 1645) Key writter of the Spanish litterature.

Editorial del Presidente

Miguel LOINAZ

"Donde hay poca justicia es un peligro tener razón".[1]

Francisco de Quevedo

Esta es una preocupación que alrededor del mundo se escuchan cada vez con más fuerza voces que nos hablan sobre los derechos del hombre. Como presidente de la Unión Internacional de Abogados he participado en foros y debates sobre el tema que es mirado a través de diferentes cristales políticos, culturales, antropológicos.

Lo que resulta evidente, es que todos hablamos de los derechos del hombre en un mundo que es diferente para los hombres porque la situación de cada uno depende del lugar y el contexto en el que hayan nacido o en el que vivan. Un mundo que es desigual, asimétrico, y con sistemas jurídicos diferentes. Por esta razón es que no me canso de repetir que el abordaje del tema exige de todos nosotros un esfuerzo de comprensión.

Presido un organismo que representa a este mundo que acabo de describir y por tanto está integrado por hombres diferentes, con diferentes credos, religiones y razas. Un organismo que siente el orgullo de haber hecho de esa diversidad una fortaleza y, sobre todo, un marco de respeto y entendimiento.

En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece la necesidad de *"reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas..."*

Esta afirmación ha sido y es repetida por cientos de organizaciones alrededor del mundo creadas para tratar el asunto y – sobre todo – para intentar mejorar una situación que es mejorable. Consejos de derechos humanos, comisiones de derechos humanos, subcomisiones, comités, organismos no gubernamentales… La lista es larga y todos la conocemos, pero a menudo no tenemos en cuenta que la tarea de defender esos derechos la llevamos adelante – por lo general – los abogados.

Hoy más que nunca los abogados del mundo buscamos garantizar este derecho. Pero para eso debemos trabajar en todos los rincones del planeta para lograr que "el poder, esté subordinado al derecho".

Y si los abogados en muchos casos arriesgan su vida en esta tarea, no hay que abandonar la pregunta que se ha convertido en un motor de nuestro trabajo al frente de la UIA: ¿Quién defiende a los que defienden?

A veces – y creo que con la ayuda de la industria cinematográfica –, la opinión pública de muchos países tiende a asociar a los abogados con las personas o instituciones acusadas de un delito. Es decir que la actividad de ese abogado no se asocia con la protección de los derechos a la libertad y la justicia, sino con la condición del defendido. Esta, es sólo una de las muchas razones por las que la función del defensor puede ser peligrosa, sobre todo en entornos de agitación social e inseguridad.

Si a lo anterior le agregamos los problemas de falta de independencia de la justicia en muchas naciones, encontraremos nuevas razones para no abandonar esta lucha por la defensa de la defensa, por los abogados del mundo en peligro por ejercer su profesión.

Como todos saben esta es una de las principales preocupaciones de esta presidencia. Sentimos la urgente responsabilidad de colocar en la pantalla de radar del mundo el problema de los abogados en peligro. Y cuando digo "urgente" estoy diciendo que mientras escribo estas líneas hay muchos colegas en varios lugares del planeta que deben tomar difíciles decisiones para proteger su vida y las de sus familias sólo por ejercer esta profesión que tanto amamos.

Queremos que exista en el calendario el "Día del abogado en peligro". Tal vez como una referencia para involucrar a la comunidad internacional en el problema, y convencidos que si hay un organismo que debe estar vigilante en este sentido, es nuestra querida Unión Internacional de Abogados.

Es cierto mis queridos amigos que los abogados sin la justicia no podrían existir. Pero no es menos cierto que la justicia sin abogados sería injusta. Y entonces volvemos a las siempre vigentes palabras del maestro Quevedo: *"Donde hay poca justicia es un peligro tener razón".*

La justicia que no es únicamente la actuación de los organismos encargados de administrarla sino esencialmente un valor. Un valor que desde la UIA defendemos y preservamos. Esta es una preocupación que se refleja en nuestra propia estructura de organización.

Entendiendo a la justicia como el valor a defender, los abogados seguiremos siendo la última trinchera de la libertad.

A los abogados del mundo, les pido de corazón que esta lucha no se caiga y que cuenten con nosotros para defender a la justicia. A la justicia, le pido de corazón que actualice la balanza y arremeta con su espada porque sin sus buenos oficios… no somos nada.

Dr. Miguel Ángel LOINAZ RAMOS
Presidente de la UIA

1 - Francisco de Quevedo (Madrid, 1580 - 1645) Figura clave de la literatura española.





En 2015, los abogados del mundo se reunirán en España en

Valencia

2015

59° Congreso

Save the date

28 de octubre
1 de noviembre

Union Internationale des Avocats
25 rue du Jour - 75001 Paris - Francia
Tel.: +33 1 44 88 55 66 - Fax: +33 1 44 88 55 77 - Email: uiacentre@uianet.org - Página Web: www.uianet.org

Message du Rédacteur en Chef

Bénédicte QUERENET-HAHN

En janvier ont eu lieu les terribles attentats contre les journalistes de *Charlie Hebdo*, provoquant des manifestations sans précédent en France et dans le monde contre le terrorisme et pour les libertés publiques.

Déjà, fin janvier, nous nous inquiétions, dans les colonnes du *Juriste International,* des velléités de nos gouvernants de légiférer pour, au nom de la lutte contre le terrorisme, instaurer une surveillance massive, au détriment de nos libertés.

C'est malheureusement chose faite et le législateur français, malgré les protestations des avocats et des associations de défense des droits de l'homme, a adopté la loi relative au renseignement. Le Bâtonnier de Paris a accepté de prendre la plume pour le *Juriste International*, à l'effet d'expliquer en quoi cette loi, qui n'est pas utile à la lutte contre le terrorisme, porte atteinte à nos libertés.

La loi fait l'objet d'un recours constitutionnel, auquel le Barreau de Paris a participé. La décision du Conseil constitutionnel devrait être rendue alors que ce numéro sera sous presse, et il reste donc encore un espoir que cette loi ne soit pas validée en toutes ses dispositions.

La lutte contre le terrorisme a également conduit de nombreux pays à adopter des législations de lutte contre le blanchiment d'argent, souvent peu compatibles avec le secret professionnel des avocats. C'est le cas, notamment, de la législation canadienne dont l'opposabilité aux avocats a été contestée avec succès devant la Cour Suprême. L'arrêt rendu par la Cour Suprême du Canada le 13 février 2015, commenté par Francis Gervais, Secrétaire général du Sénat International des Barreaux, est venu confirmer que le secret professionnel de l'avocat *« doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence ».*

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) également a confirmé la prédominance du secret professionnel, dans l'affaire Pruteanu relative aux écoutes téléphoniques dont cet avocat et sa cliente ont été victimes. L'arrêt, commenté par Bruno Micolano, rappelle que les écoutes téléphoniques concernant les conversations d'un avocat ne peuvent être admises que par exception, le secret professionnel devant demeurer la règle.

Au-delà de ces thèmes touchant aux droits de l'homme et à la profession, cette édition du *Juriste International* traite de sujets extrêmement variés et actuels, reflet de la diversité des travaux de l'UIA.

Souhaitant poursuivre la réflexion entamée dans les éditions précédentes, au sujet de l'arrêt Grande Stevens qui a consacré le principe *ne bis in idem,* ce numéro contient deux nouveaux articles sur le sujet. L'un d'Henri Carpentier et de Cécile Madec sur l'impact de la décision Grande Stevens dans l'ordre juridique français, ainsi qu'un autre de Sylvie Lévesque sur l'application du principe *ne bis in idem* dans la loi canadienne.

À côté de ces articles, nous publions ceux de Nicole Van Combrugghe sur les négociations du TTIP et les interrogations qu'elles suscitent, et de Filipa Correira Tenreiro sur le projet BEPS *(Base Erosion and Profit Shifting* en anglais), dont le plan d'action a été lancé en juillet 2013. Dans le cadre de ce projet, les pays du G20 se sont donnés pour objectif de chercher à déterminer si les règles fiscales actuelles permettent un découplage entre le lieu où les bénéfices imposables sont déclarés à des fins fiscales et le lieu où l'activité qui les génère se déroule effectivement et, si oui, sur ce qui peut être fait pour y remédier.

Dans le domaine médical, *Juriste International* se fait l'écho des travaux de la commission droit des biotechnologies de l'UIA, en publiant l'article de Joanna Krakowiak qui expose les questions juridiques multiples que pose la thérapie au moyen de cellules souches.

Enfin, *Juriste International* entend mettre l'accent sur la compliance et publie sur ce sujet un premier article qui traite de la prise en compte des programmes de compliance dans les politiques de sanctions des autorités. S'élevant contre l'opinion selon laquelle seules les procédures de clémence seraient de nature à contraindre les entreprises à respecter le droit de la concurrence, l'auteur de l'article, Gönenç Gürkaynak, soutient que la prise en compte des programmes de compliance favoriserait le respect du droit de la concurrence, et donc participerait à son application. D'autres articles suivront sur le thème des programmes de compliance, leur mise en pratique étant source de nombreux questionnements.

Bénédicte QUERENET-HAHN
Rédacteur en Chef - Juriste International

Message from the Chief Editor

Bénédicte QUERENET-HAHN

The appalling attack against the *Charlie Hebdo* offices took place on January 7, 2015. It led to unprecedented anti-terrorism and pro-civil liberties demonstrations in France and throughout the world.

By the end of January 2015, concern was already being expressed in *Juriste International* over government attempts to introduce a new law, ostensibly to combat terrorism, in order to establish mass surveillance that would infringe our civil liberties.

Unfortunately, this legislation was passed and, despite protests by lawyers and human rights defence associations, France has enacted a law on intelligence gathering. The Chairman of the Paris Bar has agreed to author an article for *Juriste International* to explain how this law – which will be ineffective in combating terrorism – has struck a blow against our civil liberties.

The law is now the subject of a constitutional appeal in which the Paris Bar participated. The Constitutional Council will probably render its decision after this issue has gone to press, so there is still hope that the some provisions of the law will be rejected before it enters into force.

The fight against terrorism has also led several countries to enact anti-money laundering laws, which are often incompatible with legal professional privilege. One such case is that of the Canadian Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, the enforceability of which with regard to lawyers was successfully challenged in the Supreme Court. The February 13, 2015 judgment by the Supreme Court of Canada, as commented by Francis Gervais, the Secretary General of the International Bar Leaders Senate, has confirmed that legal professional privilege *"must remain as close to absolute as possible if it is to retain relevance"*.

The European Court of Human Rights also confirmed the prevailing nature of legal professional privilege in the Pruteanu case, in which a lawyer's telephone calls to his client were intercepted. The judgment, as commented by Bruno Micolano, recalled that tapping a lawyer's phone could only be permitted under exceptional circumstances, with legal professional privilege remaining the general rule.

In addition to these subjects on human rights and the legal profession, this issue of *Juriste International* covers extremely varied and topical issues, which reflect the diversity of the UIA's work.

Following on from previous issues that covered the Grande Stevens judgment, which upheld the application of the *ne bis in idem* principle, this issue contains two new articles on this topic, one by Henri Carpentier and Cécile Madec on the impact of the Grande Stevens decision on France's legal system, and another by Sylvie Lévesque on the application of the *ne bis in idem* principle in Canadian law.

This issue also includes articles by Nicole Van Combrugghe on the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) negotiations and the questions they raise, and by Filipa Correira Tenreiro on the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) project, for which the action plan was initiated in July 2013. Within the framework of this project, the G20 countries have set themselves the goal of trying to determine whether current tax laws allow the disassociation of the place where taxable profits are declared for fiscal purposes from the place where the profit-generating activity actually takes place and, if so, what can be done to correct the situation.

In the medical field, *Juriste International* echoes the work of the UIA Biotechnology Law Commission by publishing Joanna Krakowiak's article on the many legal questions raised by stem cell therapy.

Finally, *Juriste International* will focus on compliance issues and has published an initial article on this subject, which examines the extent to which authorities take compliance programmes into consideration in their sanction policies. The article's author, Gönenç Gürkaynak, challenges the opinion that only leniency-based procedures can compel companies to abide by competition law, and argues that taking compliance programmes into account would promote respect for competition law and thereby facilitate its application. Other articles on the subject of compliance programmes will follow, as their application has raised a number of questions.

Bénédicte QUERENET-HAHN
Chief Editor - Juriste International

Mensaje del Redactor Jefe

Bénédicte QUERENET-HAHN

En enero tuvieron lugar los terribles atentados contra los periodistas de *Charlie Hebdo*, provocando manifestaciones sin precedentes en Francia y en todo el mundo contra el terrorismo y por las libertades públicas.

Ya a finales de enero, nos preocupábamos en las columnas de *Juriste International*, por las veleidades de nuestros gobiernos deseosos de legislar para instaurar, en nombre de la lucha contra el terrorismo, una vigilancia masiva en detrimento de nuestras libertades.

Por desgracia, lo hicieron y el legislador francés, a pesar de las protestas de abogados y asociaciones de defensa de los derechos humanos, aprobó la ley relativa a la información. El Decano de París aceptó tomar la pluma para el *Juriste International*, con el fin de explicar por qué esta ley, que no sirve para luchar contra el terrorismo, atenta contra nuestras libertades.

La ley es objeto de un recurso constitucional, en el que participó el Colegio de Abogados de París. La decisión del Consejo Constitucional debería dictarse cuando este número esté en imprenta, por lo que mantenemos la esperanza de que no se validen todas las disposiciones de esta ley.

La lucha contra el terrorismo ha llevado también a muchos países a adoptar legislaciones de lucha contra el blanqueo de capitales, que a menudo son poco compatibles con el secreto profesional de los abogados. Es el caso de la legislación canadiense, cuya inoponibilidad a los abogados ha sido impugnada con éxito ante el Tribunal Supremo. La sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Canadá el 13 febrero 2015, comentada por Francis Gervais, Secretario General del Senado Internacional de Colegios de Abogados, confirmó que el secreto profesional del abogado *"debe seguir siendo lo más absoluto posible para conservar su pertinencia"*.

La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) confirmó también la supremacía del secreto profesional, en el caso Pruteanu relativo a las escuchas telefónicas de las que fueron víctimas este abogado y su cliente. La sentencia, comentada por Bruno Micolano, recuerda que las escuchas telefónicas de las conversaciones de un abogado no pueden admitirse sino excepcionalmente y que el secreto profesional debe ser la regla.

Aparte de estos temas relativos a los Derechos Humanos y a la abogacía, esta edición del *Juriste International* trata temas sumamente variados y actuales, que reflejan la diversidad de los trabajos de la UIA.

En un afán por continuar con la reflexión iniciada en las ediciones anteriores en relación con la sentencia Grande Stevens, dedicada al principio *ne bis in idem*, este número contiene dos nuevos artículos sobre el tema. Uno de Henri Carpentier y Cécile Madec sobre el impacto de la sentencia Grande Stevens en el orden jurídico francés, y otro de Sylvie Lévesque sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* en la ley canadiense.

Junto a estos artículos, publicamos los de Nicole Van Combrugghe sobre las negociaciones del TTIP y los interrogantes que plantean, y de Filipa Correira Tenreiro sobre el proyecto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting en inglés), cuyo plan de acción se lanzó en julio de 2013. En relación con este proyecto, los países del G20 se fijaron el objetivo de tratar de establecer si las reglas fiscales actuales permiten desligar el lugar donde se declaran los beneficios imponibles con fines fiscales y el lugar donde se desarrolla efectivamente la actividad que los genera y, en caso afirmativo, lo que se puede hacer para remediarlo.

En el ámbito médico, *Juriste International* se hace eco de los trabajos de la comisión derecho de las biotecnologías de la UIA, con la publicación del artículo de Joanna Krakowiak, que expone las múltiples cuestiones jurídicas que plantea la terapia con células madre.

Por último, *Juriste International* desea hacer hincapié en la conformidad, y publica un primer artículo sobre este tema que trata sobre la consideración de los programas de conformidad en las políticas de sanciones de las autoridades. Alzándose contra la opinión según la cual los procedimientos de clemencia podrían obligar a las empresas a respetar el derecho de la competencia, el autor del artículo, Gönenç Gürkaynak, sostiene que la consideración de los programas de conformidad favorecería el respeto del derecho de la competencia y, por lo tanto, contribuiría a su aplicación. Se publicarán más artículos sobre el tema de los programas de conformidad, dado que su aplicación suscita muchas dudas.

Bénédicte QUERENET-HAHN
Redactor Jefe - Juriste International



Actualités de l'UIA
UIA News
Novedades de la UIA



The UIA Bankruptcy Commission at the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

Ángel Mª BALLESTEROS BARROS & José PAJARES ECHEVERRÍA

The UIA Bankruptcy Law Commission, represented by its President, Ángel María Ballesteros Barros, and José Pajares Echeverría, Former President, has been attending on a regular basis the sessions of the Working Group V (Insolvency Regime) of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) held in Vienna and New York since November 2008.

This report refers to the work developed in the 47th session held in New York (May 26-29, 2015), in which the Working Group V addressed the analysis of the various issues mandated by UNCITRAL, and in particular the following matters:

- a ■ Facilitating the cross-border insolvency of multinational enterprise groups[1];
- b ■ Directors' obligations in the period approaching insolvency: enterprise groups[2];
- c ■ Cross-border recognition and enforcement of insolvency-related judgements[3].

The UIA has been active in discussions of UNCITRAL, trying to provide a practical view from the practice of law in a sector such as insolvency law, having even contributed to the presentation of papers for analysis by the Panel of United Nations.

Informal meetings to analyze the feasibility of developing an international convention on cross-border insolvency have occurred. It is to be remembered that this issue originated from a proposal for future work submitted by the UIA in Vienna in November 2009[4], supported in the Fourth UNCITRAL International Insolvency Law Colloquium held in Vienna in December 16-18, 2014.

The UIA proposal on an international convention should provide at least a practical solution to the following issues:

- a ■ Granting court access to foreign insolvency representatives;
- b ■ Recognition of foreign insolvency proceedings; and
- c ■ Communication, coordination and cooperation between insolvency representatives and courts.

Given the background and leadership undertaken by the UIA in the proposals discussed in the working group, the UIA should maintain its permanent presence and representation at meetings of the Working Group V of UNCITRAL in the immediate future thus ensuring the active participation of the organization in the preparatory work of the United Nations which has been done in cases with concrete proposals. The next session will take place in December 2015 in Vienna.

Additionally the presence of the UIA in The Hague Conference on Private International Law would be desirable, since it is preparing a draft convention for the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Proceedings on cross-border insolvency would likely be included.

Ángel Mª BALLESTEROS BARROS
President of the UIA Insolvency Law Commission
Concordia Abogados
Seville, Spain
ballesteros@concordiaabogados.com

José PAJARES ECHEVERRÍA
Counsellor to the UIA President
Pajares y Asociados Abogados 1958, S.L.
Zaragoza, Spain
josepajares@pajaresyasociados.com

[1] A/CN.9/WG.V/WP.128.
[2] A/CN.9/WG.V/WP.129.
[3] A/CN.9/WG.V/WP.130.
[4] A/CN.9/WG.V/XXXVII/CRP.3.
www.uncitral.org



L'UIA et les réseaux sociaux ? Mode d'emploi !

2,060 milliards de personnes actives sur les réseaux sociaux, soit 68% des internautes et 28% de la population mondiale.

Ces chiffres impressionnants reflètent un besoin très actuel de recevoir en permanence de l'information et d'être connecté à des réseaux d'intérêt professionnel ou personnel.

Les organisations non gouvernementales (ONG) ont bien saisi cette opportunité, conscientes des enjeux de communication de ces nouveaux outils. Jusqu'à l'arrivée du web 2.0, les ONG communiquaient via des supports classiques, souvent coûteux et ponctuels. Aujourd'hui, grâce aux outils du monde digital, les associations peuvent concevoir une autre forme de communication sur le long terme, basée sur des campagnes uniquement digitales qui sensibilisent ainsi directement en ligne les internautes.

Ces derniers peuvent être incités à se mobiliser et se renseigner sur l'association ou la cause qu'elle défend et décider de devenir eux-mêmes ses ambassadeurs dans leurs propres réseaux en propageant et diffusant les actions, campagnes ou événements de l'association qui les concerne.

Le partage d'information sur les réseaux sociaux, le principe de « viralité » du web 2.0, est une aubaine pour le milieu associatif : à moindre coût les messages sont repris, l'impact est décuplé et la visibilité est accrue. Cette pratique permet de viser un public encore plus large et lui faire prendre activement part aux campagnes de communication des causes défendues par les associations.

L'UIA ne pouvait pas ignorer cette tendance. C'est pourquoi, elle intègre progressivement le « club » des ONG 2.0. L'UIA et les réseaux sociaux ? Mode d'emploi !

Cette présence permet à l'UIA de faire connaître son actions et ses actualité. Comment se décline cette communication et comment y participer ?

Suivez les actualités des formations, séminaires et congrès

Tous les évènements UIA possèdent leurs propres signes de reconnaissance symbolisés par les fameux hashtags. Ces derniers vous permettent d'identifier les discussions auxquelles vous participez, les sujets sur lesquels donner votre avis, ou tout simplement de signaler votre présence à l'une des formations UIA. Et lorsque l'événement est terminé, ce hashtag vous permet de retrouver les temps forts, anecdotes, citations ainsi que les photos qui lui sont liés.

Un exemple :
#UIAValencia : suivez l'actualité de la préparation du congrès mais aussi les informations clefs ou inédites !

Participez aux débats de la profession sur LinkedIn

LinkedIn est le réseau social professionnel phare. L'UIA y a créé plusieurs groupes de discussion sur des thèmes juridiques très variés. Le plus vaste est le groupe *« Bringing together the world's lawyers »*. Avec plus de 2 300 membres la discussion est animée par les avocats qui font vivre les débats en postant divers articles sur des thématiques du monde juridique actuel. Pour commenter, aimer ou s'informer, rejoignez les avocats de toutes les nationalités et devenez membre de cette communauté sur LinkedIn.

Soutenez les campagnes Droits de l'Homme

Facebook, Twitter et LinkedIn sont de véritables relais pour toutes les campagnes menées par l'UIA pour le respect des droits de l'homme : peine de mort, défense de la défense, etc., autant de combats qui peuvent encore gagner en visibilité. Devenez acteur de ces campagnes en utilisant les hashtags qui leur sont dédiés : votre mobilisation est importante et contribue à faire évoluer la situation.

Des exemples :
#UIAforlawyers
#freemahienour
#Indonesiastopexecutions
#WaleedAbuAlkhairOneYearPrison

La chaîne YouTube

Nostalgiques du congrès de Florence ? Revivez les moments forts du congrès avec la cérémonie d'ouverture, le discours des présidents ou encore le bilan de ces 5 jours de congrès.

Impatients d'être à Valence ? Regardez notre *trailer* pour le congrès 2015, découvrez ce que vous réserve ce nouvel évènement annuel et n'hésitez pas à le partager sur votre mur, Twitter ou compte LinkedIn.

Conclusion

Nous espérons pouvoir impliquer au maximum les membres de l'UIA dans cette communication, qu'ils en soient acteurs, afin de donner une plus grande notoriété à leur association. N'hésitez plus! Rejoignez-nous sur les réseaux sociaux.

Claire RÉNIER
Stagiaire - Service Communication de l'UIA



Facebook
Page UIA créée en 2012
2 505 likes

- Relais des campagnes droits de l'homme
- Relais de l'actualité des évènements (séminaires, formations, congrès)

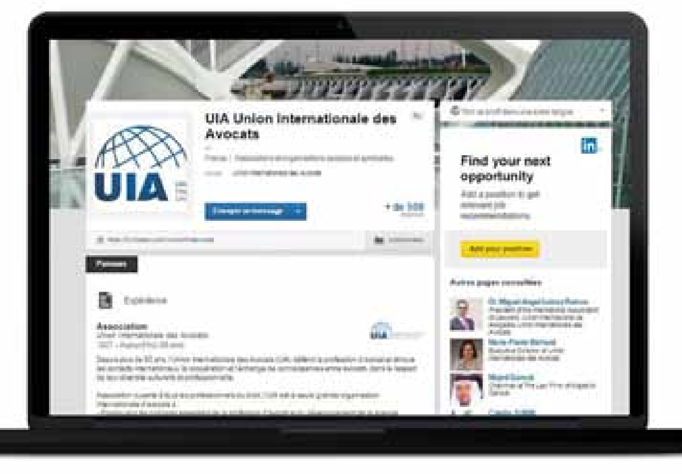




Twitter
Compte créé en 2013
530 abonnés

- Nombreux posts
- Relais des campagnes droits de l'homme
- Relais de l'actualité des évènements (séminaires, formations, congrès)









Compte UIA créé en 2010
2 671 relations
1 949 personnes suivent la page

- Un groupe principal et 4 sous-groupes de discussion
- Actualité de l'UIA mais aussi plus largement actualité du monde juridique international



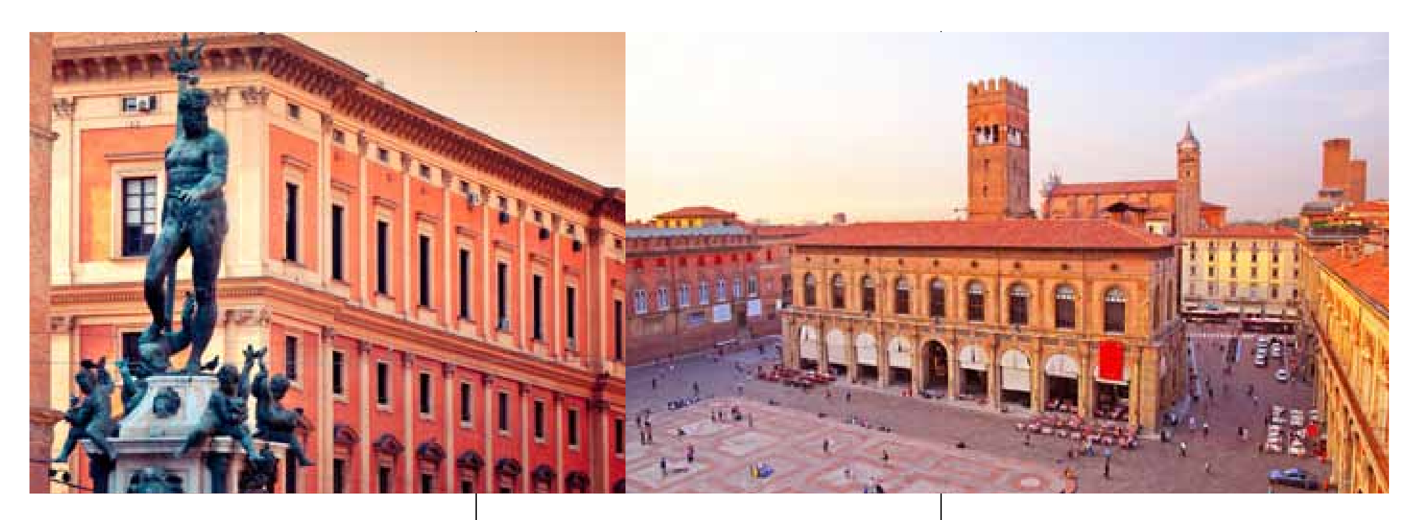






L'UIA à Bologne

Elisabeth ZAKHARIA SIOUFI



La commission droits de l'homme de l'Union Internationale des Avocats (UIA) a organisé, les 19 et 20 juin 2015, à Bologne en Italie, son séminaire annuel sur la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Ce séminaire qui s'est déroulé dans le cadre prestigieux de l'Université de Bologne, la plus vieille d'Europe, en présence du Président de l'UIA, M. Miguel Loinaz, avait pour thème principal « La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne, complémentarité ou concurrence dans la protection des droits de l'homme ».

Le Président Loinaz prononça le discours de bienvenue. M[e] Carlos Fatás Mosquera, Co-directeur des droits de l'homme et de la défense de la défense à l'UIA et Vice-Président de la commission droits de l'homme et M[e] Elisabeth Zakharia Sioufi, Présidente de cette même commission, firent les allocutions d'introduction au séminaire.

Le Professeur Giovanni Luchetti, Directeur du département des sciences juridiques de l'Université de Bologne prononça également un mot d'accueil.

Les magistrats, M. Guido Raimondi Vice-Président de la CEDH, M. Paolo Mengozzi Avocat Général à la CJUE, M. Benjamin Danlos, magistrat de l'ordre judiciaire mis à disposition du greffe de la CEDH, ainsi que d'éminents professeurs de droit, M. Pasquale Costanzo de l'Université de Gênes, M. Oreste Pollicino de l'Université de Milan et M. Giacomo Di Federico de l'Université de Bologne de même que M[e] Julie Goffin, Coordinatrice des droits de l'homme et de défense de la défense à l'UIA, ont exposé et expliqué les mécanismes juridiques de protection des droits fondamentaux établis par la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans leur cadre juridique et leurs applications pratiques, en mettant en évidence l'évolution de la jurisprudence des deux Cours à cet égard, en particulier en ce qui concerne le principe de *non bis in idem*.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme a fait l'objet d'une analyse approfondie de la part des différents orateurs, notamment suite à l'opinion rendue récemment à ce sujet par la CJUE.

L'actualité du droit de la Convention européenne des droits de l'homme a été longuement développée avec un focus sur les derniers arrêts de la CEDH rendus au cours des derniers mois, et une session a été consacrée à une discussion portant sur les principes de base établis par ces arrêts en particulier relativement à la gestation pour autrui et l'interruption du traitement médical.

Ce séminaire a réuni des avocats de différents pays européens et africains mais aussi d'Uruguay et du Liban, qui ont suivi les sessions successives et participé aux débats modérés par M[e] Elisabeth Zakharia Sioufi et M[e] Carlos Fatás Mosquera.

Les interventions des orateurs sont disponibles sur la page du séminaire sur le site de l'UIA : *www.uianet.org*.

Elisabeth ZAKHARIA SIOUFI
Présidente de la commission droits de l'homme de l'UIA
Elisabeth Zakharia Sioufi
Jdeidet El Metn
Beyrouth, Liban
elisabethsioufi@gmail.com





7th Business Law Forum
Private Equity – New Trends

FRIDAY, SEPTEMBER 11 & SATURDAY, SEPTEMBER 12, 2015

FRANKFURT

GERMANY

#UIABLF

Information and online registration at www.uianet.org

Seminar organised by the UIA in cooperation with BVK

ENJEUX EUROPÉENS ET MONDIAUX DE LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

Sous la direction de Alain Grosjean

Cet ouvrage propose une approche aussi bien juridique que pratique sur les principales évolutions des règles existantes en matière de protection des données personnelles.



Édition 2015
465 p.
ISBN 9782804477011
85,00 €

Collection : Création Information Communication



Au sommaire

- Droits fondamentaux et jurisprudence européenne
- Champ d'application territorial du règlement et transfert de données
- Comment les droits de la personne concernée sont-ils renforcés?
- Banque, paiement en ligne et protection des données personnelles
- La protection des données et services financiers
- Nouveau défi de mise en conformité («compliance») pour les responsables du traitement : vers une responsabilité accrue
- La protection des données en pratique

Le 30 juin 2015, l'Union Internationale des Avocats (UIA) a organisé un colloque à Luxembourg pour célébrer la parution de l'ouvrage intitulé « Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles ».

À l'ère du numérique, l'individu est classifié, catégorisé, profilé à son insu. Mais peut-on réduire un individu à une analyse quantitative de ses données ? La réponse est certainement négative. Si les progrès technologiques sont indiscutables, ils doivent être encadrés. C'est tout l'enjeu de la future législation européenne sur la protection des données qui a soulevé tant de passion au Parlement européen.

L'ouvrage UIA regroupe les travaux scientifiques de plus de 30 auteurs spécialistes de la protection des données : avocats, universitaires, autorités de régulation, membres des institutions européennes et des grands groupes internationaux.

Il offre une étude comparative de la jurisprudence tant de la Cour de justice de l'Union européenne que celle de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière.

Une attention particulière est également donnée au champ d'application territorial du futur règlement européen sur la protection des données. La proposition de règlement prévoit que les entreprises n'ayant aucun établissement sur le territoire de l'Union européenne devront respecter les dispositions européennes en matière de données personnelles dès lors qu'elles s'intéressent aux données des citoyens européens. L'ouvrage met notamment en relief la perception américaine des règles de protection des données personnelles par rapport aux dernières négociations entre la Commission européenne et les États-Unis.

L'ouvrage traite aussi du droit à l'oubli, du profilage et de la notification des failles de sécurité. Il met en exergue les défis de la protection des données personnelles dans le domaine des services financiers, notamment en matière de fraude au paiement, et dans le secteur du droit fiscal. Le nouveau rôle des autorités de contrôle y est décrit face à la responsabilisation accrue des responsables de traitement qui devront respecter et mettre en place le principe d' *« accountability »*.

Enfin, l'ouvrage présente une vision pratique pour les professionnels, sur comment mettre en place une politique de protection des données au sein d'une entreprise.

Ce très bel ouvrage de 465 pages est publié aux éditions Larcier.

Le Sénat International des Barreaux

Un lien indiscutable et essentiel entre les dirigeants de la profession et l'UIA

Huguette ANDRE-CORET

Le Sénat International des Barreaux (SIB), est le lieu de rencontre et d'échanges entre les Bâtonniers, les Présidents de Barreaux et d'organisation locales, nationales et internationales d'avocats; qui se réunissent au moins une fois par an, durant le congrès de l'UIA, pour réfléchir ensemble et confronter leurs opinions sur des sujets d'actualité ayant trait, en particulier, aux valeurs fondamentales de notre profession.

Depuis 2010, dans mon rôle de Vice-présidente du SIB (le Président de l'UIA étant de droit le Président du Sénat) j'anime et organise cette séance, épaulée par le Secrétaire Général du Sénat, le Bâtonnier Francis Gervais, ancien Président de la Fédération des ordres professionnels des juristes du Canada, qui en assure chaque année le compte-rendu dans *Juriste International.*

La séance se déroule autour d'un thème défini à l'avance. Quelques orateurs, la plupart Bâtonniers ou dirigeants d'organisations professionnelles ou même, experts reconnus sur le sujet, font une présentation chacun sur un aspect particulier du thème et lancent ainsi la discussion.

Le débat est interactif : l'assistance a la possibilité de s'exprimer sur le thème, soit en y amenant de nouvelles perspectives, soit en réagissant aux présentations des orateurs. Les échanges sont souvent très vifs, mais toujours tenus dans la plus pure tradition de respect.

Au fil des années, nous avons posé à notre public, Bâtonniers et Présidents d'organisations professionnelles, les questions d'actualité qui s'imposaient sur :

- Le secret professionnel et la confidentialité (Casablanca 2011)
- Les comportements face aux conflits d'intérêts (Miami 2011)
- Les nouvelles structures d'exercice : les ABS (Dresde 2012)
- Le *cloud computing* et l'épineuse difficulté de la protection des données personnelles (Macao 2013)
- La prestation juridique et son avenir, monopole – ou non – de la profession d'avocat (Florence 2014)
- L'indépendance de l'avocat et du Barreau – sujet du congrès de Valence cette année.

Peut-on encore s'interroger sur la finalité et l'utilité de ces échanges entre dirigeants de la profession d'avocat – de langue et de culture juridique différentes?

Selon moi, animateur du Sénat, et ancien Président d'une organisation professionnelle d'avocats, le SIB a toute sa place à l'UIA.

Faut-il rappeler que le SIB est le seul espace commun, consacré et réservé aux dirigeants de la profession ; contrepartie indispensable de cotisations spécifiques et substantielles versées par les membres collectifs ?

Faut-il rappeler que l'UIA a fait figure de pionnier en 1994 en créant le SIB au congrès de Marrakech, espace de discussion spécifique à destination des ordres professionnels et des Barreaux ?

Faut-il rappeler que l'IBA, à titre d'exemple et pour ne citer qu'elle, a créé dans les années 2005 « The Bar Issue Commissions » (BIC), espace de discussion à destination des organisations professionnelles, et que la plupart des membres collectifs adhérents de l'UIA sont également membres du BIC ?

Que cet espace de discussion spécifique existe maintenant dans la plupart des grandes organisations internationales de la profession ?

Faut-il rappeler que le SIB participe activement à la construction des politiques professionnelles, qui progressent, s'amendent, ou se confortent en relation avec les principes fondamentaux de la profession ?

Faut-il rappeler que notre public, fidèle, toujours plus nombreux chaque année, est composé des dirigeants de la profession et des décideurs, faisant ainsi du SIB un rouage essentiel et indispensable de l'UIA ?

C'est le fil rouge qui a guidé mes choix et tracé mon chemin.

Huguette ANDRE-CORET
Vice-Président du Sénat International des Barreaux de l'UIA
Ancien Président de la Conférence des Bâtonniers de France et d'Outremer
Paris, France
huguette.andre-coret@wanadoo.fr

Valen

El programa científico y reuniones especiales

- 300 ponentes de renombre internacional
- Más de 20 sesiones de trabajo de las comisiones de la UIA
- 10 sesiones conjuntas de comisiones
- Ocho reuniones especiales:
  - > Asamblea de los Abogados del Mundo por la Defensa de la Defensa
  - > Foro de Despachos de Abogados
  - > Senado Internacional de los Colegios de Abogados
  - > Sesión especial para los Jóvenes Abogados
  - > Sesión UIA – ABA
  - > Foro de Abogados de Habla Árabe
  - > Foro de Abogados de Habla Hispana
  - > Foro de Abogados de Habla Portuguesa

Las actividades sociales

- Ceremonia inaugural y cóctel de bienvenida en el Palacio de Congresos
- Velada informal con cóctel cena en la Ciudad de las Artes y las Ciencias
- Cena de gala en el Centro del Carmen
- Ceremonia de clausura en el Palacio de Congresos
- Excursión general en Játiva

Le sport : à vos marques !

Le sport sera cette année à l'honneur puisqu'il constitue un des deux thèmes principaux du congrès. Avocats, tenez-vous prêts !

Nous aborderons lors de la journée consacrée à ce thème, les intérêts et défis souvent variés et opposés, rencontrés dans le monde du sport, notamment par les clubs et joueurs, les fabricants, les sociétés de paris ou les entreprises de jeux. Nous explorerons les opportunités qu'offre le marché des marques à l'industrie du sport et la manière dont ces marques sont commercialisées et protégées. Nous exposerons les différents moyens par lesquels les marques ont été développées dans le domaine du sport que cela soit par des évènements sponsorisés, des licences ou dans le domaine juridique, par des lois et réglementations. Enfin, nous examinerons comment ce cadre législatif et réglementaire a été utilisé pour transformer les marques de sport en des produits à part entière.





En plus de cette session, d'autres sessions de travail développeront des aspects divers du droit du sport notamment en droit des sociétés avec le financement, l'acquisition et la restructuration de clubs et d'activité du sport ou encore en droit fiscal avec les impôts dans le monde du sport professionnel.

Jeudi 29 octobre 2015 – 15h-18h30
Vendredi 30 octobre 2015 – 10h30-13h30 – 15h00-18h30
Samedi 31 octobre 2015 – 10h30-13h30

cia

Pré congrès : les trésors de l'Andalousie

L'Andalousie est fascinante. Sa luminosité, ses couleurs, son mariage de civilisations sont l'identité même de cette terre chaleureuse. Découverte de Séville, de la Cathédrale et de la Chapelle Royale de Grenade ou encore de Mosquée-Cathédrale et du quartier juif de Cordoue : visitez ces lieux typiques avant votre arrivée pour le congrès !



Post congrès : Madrid et ses environs

Madrid, capitale de l'Espagne, est une ville cosmopolite associant des infrastructures modernes à un immense patrimoine historique, culturel et artistique. Tour panoramique en bus de la ville, Musée du Prado, départ pour Tolède, l'une des villes espagnoles classées au Patrimoine Mondial de l'Unesco et symbole de la tolérance religieuse pour finir par Ségovie, située à 90 kilomètres de Madrid et dominant les terres castillanes.

Explore Diversified Contexts of Immigration Law

Join us in Valencia for the UIA Congress to engage in productive discussions about one of the 2015 main themes: The Impact of Globalization and Mobility on Immigration Law : The Delicate Legal Balance of Economic Growth, Protectionism and Human Rights.

Among other legal professionals from across the globe and a selection of honorable speakers and panelists, participants will have the opportunity to attend a plethora of special sessions on Immigration Law and Nationality as related to Criminal Law, Labour Law, International Estate Planning, Tax Law and Human Rights Law.

President of the Immigration Law and Nationality Commission of the UIA, Jacqueline Bart, has arranged several sessions that will allow participants to consider the many effects and implications of the vast amount of immigration in today's world from a variety of legal angles.

Thursday, October 29 – 10.00 am – 1.30 pm
Friday, October 30 – 10.00 am – 11.30 am
Friday, October 30 – 12.00 am – 1.30 pm
Friday, October 30 – 3.00 pm – 4.30 pm
Friday, October 30 – 5.00 pm – 6.30 pm

Registration fees

- The UIA has three registration fee periods:
  - > Until July 31, 2015
  - > From August 1 to September 30, 2015
  - > And from October 1, 2015 to the closure of registration
- Online registration helps you save time. Register in the congress section at www.uianet.org
- You can also book your accommodation and activities through www.destinationplus-uia.com



Learn how to cook the famous Valencian paella

For accompanying persons we suggest the activity of preparing paella with a local chef. You will learn how to make the famous Valencian paella, which you will then enjoy as part of a convivial meal.

Valence : une ville dynamique qui n'attend que vous !

Valence est la 3e ville d'Espagne en nombre d'habitants et est dotée d'un patrimoine historique et artistique très riche. Les architectures anciennes et modernes se côtoient comme la Lonja de la Seda, classée au Patrimoine mondial de l'Unesco ou la Cité des Arts et des Sciences. Découvrez également sa gastronomie et savourez la paëlla et l'Agua de Valencia (cocktail à base de vin mousseux, jus d'orange, vodka et gin).

Découvrez le mini-site de Valence !

Vous souhaitez suivre l'actualité du congrès en direct ? L'UIA dispose d'un mini-site internet dédié au congrès. Vous y trouverez de nombreuses informations : les orateurs, les lieux et dates des sessions, les rapports du congrès, etc.
www.uiavalencia2015.com

Enlaces utiles

- www.uianet.org
- www.destinationplus-uia.com
- www.uiavalencia2015.com
- www.palcongres-vlc.com
- http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/
- InformacionParaExtranjeros/Documents/listapaisesvisado.pdf



El encuentro-tapas de las mujeres UIA

¡No se puede irse de España sin comer tapas! Este momento amistoso permitirá a la mujeres abogadas encontrarse y desarrollar sus negocios gracias a la UIA.
Será organizado el jueves 29 de octubre de 18:30 a 19:30.

El desayuno “first timers”

El otro desayuno especial es el desayuno “first timers”: los oficiales de la asociación podrán darles la bienvenida personalmente a aquellos que participen por primera vez en un congreso de la UIA (sean miembros o no de la UIA).
Será organizado el jueves 29 de octubre de 09:30 a 10:00.

General excursion in Játiva

Játiva is 70 kilometres from Valencia, set in a landscape dominated by vines and cypress trees. The tour starts with a guided walk around the historic centre. You will then visit the Fine Arts Museum at Casa de la Enseñanza and take the tourist train, from which you can admire the magnificent landscapes on your way to the castle that overlooks the town.

Exclusivité UIA !

Parmi les nombreuses activités proposées pour les accompagnants, ne manquez surtout pas la visite du Palais des Arts Reina Sofia qui abrite l’Opéra de Valence ! Vous visiterez en exclusivité les salles ainsi que les coulisses de l’Opéra avant d’assister à un concert privé dans ce lieu exceptionnel.
Votre soirée se poursuivra dans l’Hémisphère de la Cité des Arts et des Sciences à l’occasion de la soirée informelle de l’UIA.

Activities for Accompanying Persons

Destination Plus offers several activities for accompanying persons

- Discovery trail in Valencia: fun-filled way to discover Valencia on foot!
- Paint your own pottery at Manises: decorate your creation in traditional Valencian style
- Spend a day in an orangery and discover the famous Lladró porcelain figurines
- Discover the Albufera National Park (contains Spain's largest freshwater lagoon)
- Prepare paella with a local chef
- Informal cocktail party: tour and private concert at the Valencia opera house
- Dinner and flamenco show: relaxing 100% Spanish evening!





Sportif? Le match de football et le jogging n'attendent que vous !

Tous les ans, l'UIA organise un match de football et vous donne rendez-vous le 29 octobre pour celui de Valence : départ 16h00, ne ratez pas le coup de sifflet !

En plus du match de football, deux joggings sont organisés pendant la semaine et se dérouleront à 8h30 afin que vous puissiez tous assister intégralement aux séances de travail.



"Sin abogados libres e independientes, no son posibles sociedades libres y justas"

Mariano DURÁN LALAGUNA

¿Qué representa para usted el 59° congreso de la UIA?

Es una satisfacción porque se celebra en mi ciudad, Valencia, y por mi condición de miembro individual de la UIA desde 1998.

El congreso destaca por los temas que se van a tratar, no sólo los dos temas principales, sino el excelente contenido de la sesiones de trabajo de las comisiones.

Y porque en el Senado de Colegios de Abogados se va a abordar el futuro de la Abogacía: los llamados "mercados" y las tesis desregulatorias de la profesión, que ponen en riesgo la independencia del abogado, un elemento esencial para el ejercicio de la Abogacía.

Sin abogados libres e independientes, no son posibles sociedades libres y justas.

En este sentido organizaremos la Asamblea de los Abogados del Mundo por la Defensa de la Defensa.

En suma, un congreso de la UIA que aborda cuestiones de actualidad jurídica en las comisiones y de futuro de la Abogacía.

Estoy seguro de que la UIA va a dar un gran salto hacia adelante a partir de este congreso.

¿Qué puede decirnos a propósito de los temas principales del congreso este año?

Las migraciones no son sólo un problema grave de todas las sociedades en lo que afecta a las migraciones llamadas "irregulares", un problema que no sólo afecta a Europa, sino a EEUU y a Asia. Es también y además, un tema que la Abogacía debe abordar: la globalización nos lleva al fenómeno de las migraciones. Y estas a cuestiones legales como residencia, matrimonios mixtos, sucesiones, contratación multiparte y tantas implicaciones.

A propósito de las marcas y deporte, en Europa, quizás lo asociamos sólo al fútbol, pero la relación marcas-deporte alcanza muchas disciplinas: golf, tenis, básquet, baloncesto y tantas otras. Detrás de ello hay intereses económicos que, a veces, influyen en importantes decisiones. Por tanto es un campo con implicaciones jurídicas importantes de trascendencia mundial.

El congreso de Valencia acogerá a abogados del mundo entero ¿Cuáles son las particularidades de la profesión jurídica en su país?

España vive los mismos problemas en la profesión que en el resto del mundo: las "amenazas" y los nuevos retos. Los abogados somos por definición, independientes. Es nuestra principal nota. Para mi es la esencia de cómo debe ejercerse la profesión.

Pero ¿cómo ser independiente ante un cliente que es importante en términos económicos para el abogado? ¿Cómo ser independiente en el ejercicio ante jueces y tribunales? ¿Cómo ser independiente a la injerencia de los poderes públicos?

La UIA ha jugado y sigue jugando un papel esencial ante los ataques a los abogados. En ese sentido, en España, afrontamos las mismas amenazas que en el resto de Europa y del mundo. Por ejemplo, el tratado TISA puede suponer un grave riesgo para la abogacía, si no se establecen mecanismos de defensa de la defensa.

Personalmente soy partidario de que el futuro no lo podemos parar. Debemos afrontarlo, ser valientes y defender que, por encima de todo y de todos, la independencia del abogado siempre será respetada y tendrá cauces legales para ser respetada.

El día en el que la abogacía haya perdido la independencia en un mundo globalizado, la sociedad estará encaminada al desastre.

Hace poco con un grupo de fiscales de España, y comentaban los abogados siempre estáis igual y les respondí el día que no existan abogados libres, la sociedad los pedirá porque sin nosotros los abogados, las sociedades no serán libres.

Pero tenemos también que saber hacer frente a los retos. La abogacía española y del mundo, no puede estar siempre "a la defensiva", o dicho de otro modo, "rechazando reformas". ¡Debemos hacerlo claro!

Asimismo debemos ver los cambios, los nuevos retos que se van a producir y ser "proactivos".

Tenemos más poder del que creemos y no hacemos uso de él: no en nuestro beneficio, sino en el beneficio de la sociedad y de los ciudadanos, que al final es a quienes va destinado nuestro trabajo.

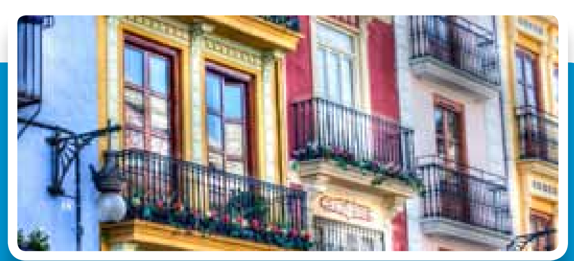
Por eso este congreso es tan importante y los temas que se van a tratar. Espero poder verles en Valencia.

Mariano DURÁN LALAGUNA
Presidente del Congreso



"Los asistentes podrán combinar las jornadas de trabajo con el descanso, ocio y gastronomía que ofrece la ciudad"

Jorge MARTÍ MORENO



¿Por qué Valencia es el destino perfecto para el 59° congreso de la UIA?

Valencia se ha convertido en una de las ciudades europeas que más curiosidad despierta. Su espectacular desarrollo durante las últimas décadas la ha convertido en sede de innumerables eventos internacionales, escala de cruceros por el Mediterráneo y destino de vacaciones de larga estancia o para una escapada de fin de semana. Es una ciudad altamente preparada para acoger congresos, pues ocupa la sexta posición en Europa excluyendo capitales de nación.

Los asistentes podrán combinar las jornadas de trabajo con el descanso, ocio y gastronomía que ofrece la ciudad. Comprobarán que es una ciudad muy viva y alegre, donde la historia y el futuro conviven en harmonía. Su clima es ideal para disfrutar tanto de una paella frente al mar, como de pasear por su centro histórico.

¿Cómo va la preparación del congreso por parte del comité local?

La actividad está siendo intensa pero hemos contado con la ayuda de un amplio equipo que se ha volcado en conseguir que el 59° congreso de la UIA en Valencia sea inolvidable. El Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (ICAV) y el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) también han prestado un apoyo que es muy valorado. Muchos despachos de abogados nos hemos coordinado para que el congreso sea perfecto.



¿Cuáles son las actividades que puede aconsejar a los participantes?

Se han previsto muchas actividades, todas ellas muy atractivas e interesantes. Mis preferidas son el rally-descubrimiento por Valencia, donde los participantes deberán resolver enigmas que les conducirán a conocer la ciudad entera y la posibilidad de preparar una paella con un conocido chef, para después disfrutar comiéndosela en un magnífico entorno. Por otro lado, recomiendo no perderse la visita a la fábrica de las porcelanas Lladró y el concierto en el Palau de Les Arts Reina Sofía. También hemos organizado viajes pre y post-congreso para aquellos que quieran llegar antes y conocer un poco más España, con visitas tanto al centro, visitando Madrid, Toledo y Segovia, como al sur, visitando Sevilla, Granada y Córdoba.

Los asistentes que quieran disfrutar de la ciudad por libre podrán seguir varias rutas. En concreto, hemos preparado: una ruta de museos, una ruta de iglesias, otra de jardines y otra de entretenimiento y por supuesto, recomendaciones gastronómicas. Como comprobarán, no tendrán tiempo para aburrirse sino que seguro que se quedarán con ganas de volver y disfrutar de esta ciudad mediterránea, donde la luz, las flores y sus muchos atractivos, seguro que teles dejan con muchas ganas de volver pronto.

Jorge MARTÍ MORENO
Presidente del Comité local

Les secrets de VALENCE



Saviez-vous
que Valence compte des bâtiments classés au patrimoine mondial ? L'exemple le plus frappant est la *Lonja de la Seda* (Halle de La Soie).



"**¿Sabías que** Valencia tiene el acuario más grande de Europa? Se trata de L'Oceanogràfic, situado en el corazón de la Ciudad de las Artes y las Ciencias."

Did you know
that one of the cups supposed to be the Holy Grail is kept in the Cathedral of Valencia? King Alfonso V would have brought it to Valencia in 1424.



Saviez-vous que la cathédrale de Valence est construite sur une ancienne mosquée ? Cette mosquée fut elle-même construite sur l'ancienne cathédrale wisigothique.

Did you know that the first printed book in Spain was published in Valencia? It was in 1474 and in the Valencian language. It is entitled *Obres o trobes en lahors de la Verge Maria*.



Droits de l'Homme et de la Défense
Human Rights and Protection of Lawyers
Derechos Humanos y de la Defensa



La protección de la mujer en el sistema interamericano

¿Hay límites a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)?

Magdalena GARCÍA ELORRIO

Planteo del problema

Cuando un Estado ratifica un tratado internacional y éste entra en vigor, las disposiciones que integran el texto del acuerdo le son plenamente aplicables y obligan a todos los Estados parte, tanto en el plano internacional como nacional. Un Estado no puede desconocer lo que prevé ese acuerdo internacional ni tampoco puede oponer su derecho interno en una instancia internacional para justificar su incumplimiento. El artículo 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969 se encarga específicamente de esa cuestión y niega toda posibilidad al sostener que *"una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"*. Sin embargo, el problema se presenta cuando los tratados vigentes son sometidos a la labor hermenéutica de un tribunal internacional en un caso concreto y el Tribunal, al condenar al Estado, le "ordena" adoptar ciertas medidas para adecuar su sistema interno a la interpretación internacional sobre el alcance de un derecho humano determinado.

En la jurisprudencia de la CIDH pueden hallarse múltiples casos donde en la parte resolutiva de la sentencia la Corte ordena la derogación, prohibición de aplicación[1], modificación o celebración de una ley determinada, la adopción de un tratado internacional, modificación de derecho interno[2], o la implementación o eliminación de determinada política pública nacional por considerar que determinada ley o práctica del Estado es contraria a un derecho humano. Se trata de medidas de alcance general que trascienden el caso objeto de análisis y que en muchas ocasiones se oponen el derecho nacional de los Estados. La pregunta que subyace a esta realidad es si realmente la CIDH está técnica y jurídicamente legitimada para ordenar ciertas conductas a los Estados o no. Más allá de que compartamos o no el contenido de lo solicitado por la Corte en pos de alcanzar ciertos fines ¿Puede la Corte funcionar como una cuarta instancia (tribunal de revisión) respecto de los tribunales nacionales? ¿Puede "ordenarle" al Estado dictar una ley determinada más allá de la voluntad soberana de los representantes del pueblo? En este marco, el cuestionamiento que motiva estas reflexiones es definir, en especial referencia a asuntos vinculados con la protección de las mujeres, si la Corte puede o no, desde una visión estrictamente jurídica y no moral, "corregir", el sistema interno de los Estados más allá de caso analizado y ordenar a tal efecto medidas legislativas, judiciales, o administrativas específicas de alcance general, supuestamente atribuidas con exclusividad a cada Estado soberano.

Este cuestionamiento adquiere más fuerza cuando consideramos que las decisiones de la CIDH son, en virtud del artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) definitivas e inapelables. Explícitamente dispone dicha norma que *"los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte"* y dicha "decisión" incluye toda la interpretación que realiza la Corte. En este sentido, la CIDH ha establecido en el caso de las *"Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros"* (2012) que los Estados tienen la obligación de implementar de forma integral las decisiones de la Corte tanto en el plano nacional como internacional y que la violación de esta obligación configura un hecho ilícito internacional. Sin embargo, es cuestionable qué alcance deben tener las decisiones que emite la Corte y si se debiera reconocer ciertos límites en su configuración. Con respecto a su obligatoriedad, en el *"Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile"*(2006), la Corte entendió que su jurisprudencia es obligatoria para el poder judicial de los Estados miembros al entender que *"el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la*

> En lo que respecta a la diligencia debida en la investigación y sanción de los responsables, la Corte ya ha fijado un estándar genérico de actuación exigible a los Estados.

Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Podría objetarse que en virtud del artículo 38 del Estatuto de Roma la jurisprudencia no es fuente principal de derecho internacional. Distinto es el caso cuando los Estados adoptan voluntariamente la jurisprudencia de la Corte y la hacen parte del derecho interno. En el contexto argentino por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha reconocido en muchos casos[3] que la jurisprudencia de la CIDH es obligatoria para la justicia argentina. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (2007) ha ido aún más lejos al reconocer como fuente hermenéutica al Tribunal Europeo de Derechos Humanos[4] (TEDH).

1 La distinción entre los estándares de protección de la mujer y las garantías de no repetición

Como cuestión preliminar es preciso distinguir que, a la luz de las decisiones de la CIDH, existen dos tipos de medidas exigibles a los Estados que no deben ser confundidas porque responden a dos instancias distintas en el proceso de consolidación de la responsabilidad internacional de los Estados. En primer lugar, encontramos las medidas que integran el estándar de *diligencia debida* que se exige a los Estados para considerar que han cumplido con su obligación internacional y que operan como un parámetro que emplean los jueces en el plano internacional para valorar si un Estado cumplió o no sus obligaciones. En el sistema interamericano de protección de los derechos de las mujeres, el artículo 7 b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) impone a los Estados el deber de *"actuar con la* debida diligencia *para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer"*. Ello implica que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas orientadas a cumplir dichos fines (prevención y represión).

Para determinar si esa obligación ha sido violada en un caso concreto los jueces tienen en cuenta las medidas exigidas en la Convención[5], u otras medidas que la Corte entiende como exigibles teniendo generalmente en cuenta estándares internacionales previstos en protocolos o manuales de actuación elaborados por organismos internacionales como las Naciones Unidas (NN.UU.), o la Cruz Roja Internacional (CRI). La validez de estos estándares podría ser objetable cuando la Corte los toma y aplica de forma literal por el déficit democrático que implica que posiblemente el Estado sobre el que recae la responsabilidad no participó en su elaboración, pero por razones de extensión no vamos a desarrollar ese punto. Lo importante es destacar que en un caso concreto, la Corte podrá concluir que las medidas adoptadas por el Estado son o no, las *apropiadas o debidas* para los fines esperables y en su caso imponer responsabilidad internacional al Estado por considerar que son insuficientes. En este sentido, estas medidas operan en el ámbito de la configuración del hecho ilícito internacional porque contribuyen, como unidad de medida, a determinar si el Estado violó o no la obligación internacional de prevenir o sancionar la violencia contra la mujer.

El caso *"Campo Algodonero vs México"* (2010) es por excelencia el asunto donde la Corte ha efectuado el mayor aporte en la construcción de un estándar de *diligencia debida* y ha utilizado otros estándares creados en el marco de las NN.UU. En este caso, la Corte le atribuyó a México responsabilidad internacional por la falta de prevención, investigación y sanción del feminicidio de un grupo de mujeres en Ciudad Juárez. Aunque la Corte generalmente consideró las medidas que se encontraban señaladas en el artículo 7 y 8 de la Convención de Belén do Pará como indicador para evaluar el comportamiento diligente o no del Estado (como por ejemplo la modificación de patrones culturales y la capacitación a funcionarios del Estado en la perspectiva de género), también detalló y especificó otras medidas no previstas explícitamente en el texto de la Convención. En la faz preventiva, podemos destacar las siguientes:

- obligación de contar con un procedimiento que garantice la respuesta inmediata y eficaz en caso de denuncia de desapariciones de mujeres,
- obligación de fortalecer las instituciones para que éstas puedan brindar respuestas efectivas ante la violencia,
- obligación de adoptar medidas prontas y adecuadas en caso de búsqueda de paradero, obligación de extremar la diligencia en las primeras horas de búsqueda.

En lo que respecta a la *diligencia debida* en la investigación y sanción de los responsables, la Corte ya ha fijado un estándar genérico de actuación exigible a los Estados. Dicho estándar obliga a los Estados a iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva contra los responsables del hecho hasta lograr la condena efectiva. También precisa cuáles son los principios rectores que deben estar presentes en toda investigación de muerte violenta, entre los que destaca la determinación de la víctima, la recuperación del material probatorio, la realización de autopsias, la identificación de testigos, la apreciación de la causa de muerte entre otros. Pese a ello, en el caso de 'Campo Algodonero vs México' la Corte admitió que el estándar de *diligencia debida* tenía *"alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres"* porque exige instaurar un mensaje social de rechazo a la violencia contra la mujer. Sancionar al responsable de un crimen contra la mujer implica poner de manifiesto que la violencia es rechazada y contribuye a quebrar el patrón cultural que retroalimenta la problemática. Más allá del estándar general de conducta esperable en toda investigación, la Corte especificó y empleó otras medidas que extendieron el alcance del estándar esperable basándose en el "*Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas"*.

En segundo lugar, encontramos las medidas que la CIDH les exige implementar a los Estados de forma obligatoria, una vez que ha concluido que el Estado incurrió en un hecho

ilícito internacional, y que usualmente son designadas como "garantías de no repetición". Dentro de éstas medidas encontramos aquellas que se limitan al caso concreto y aquellas que lo exceden alcanzando un grupo de personas o toda la comunidad de un Estado. Dentro de las primeras podemos citar como ejemplo el ya citado caso *"Campo Algodonero vs México"* donde la Corte ordenó *"conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes"*[6]. Lo mismo dispuso respecto de los funcionarios negligentes que intervinieron en la investigación al sostener que *"el Estado deberá, dentro de un plazo razonable, investigar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, a los funcionarios acusados de irregularidades"*[7] y proceder a las correspondientes sanciones. Un criterio similar tuvo en el asunto *"Rosendo Cantú y otra vs. México"*[8] donde ordenó la investigación de la violación sexual y tortura de una mujer indígena y solicitó la revisión de la conducta de los funcionarios que recibieron la denuncia. A rigor de verdad estas medidas están implícitas en la obligación que tiene el Estado de cesar en su conducta ilícita y que de no implementarlas el Estado continuaría incurriendo en dicho hecho.

En esta misma línea, otro de los asuntos que merece nuestra atención en materia de protección de la mujer, es el asunto *Beatriz* (conocido como "B") donde la CIDH hizo lugar a un pedido de medidas provisionales contra El Salvador y ordenó al Estado la realización de un aborto terapéutico a una mujer que padecía lupus y un embarazo anencefálico, frente a una decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema (CS) de El Salvador que había rechazado un amparo de la mujer solicitando el aborto. La CS había considerado que no se habían vulnerado los derechos a la salud de la mujer porque los médicos la habían continuando monitoreando y habían estimado que todavía no era necesario proceder al aborto. A rigor de verdad la CIDH ordenó al Salvador *"que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes…"* El grupo médico ya había dictaminado que el aborto era la vía oportuna para salvar a la madre y por tanto la decisión de la Corte tenía por fin allanar el camino para evitar que el mismo no sea realizado. A los efectos legales, la resolución de la Corte "revisó" como si fuera una cuarta instancia procesal lo decidido por el tribunal salvadoreño e implícitamente ordenó su inmediata realización.

El segundo tipo de medidas está compuesto por aquellas que exceden el caso concreto y se refieren a la situación de la mujer víctima de violencia en general más allá el asunto en cuestión, como por ejemplo casos donde se ha resuelto: capacitar a funcionarios públicos en la perspectiva de género[9-10] , estandarizar los protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas[11], realizar reformas legislativas para compatibilizar el código de justicia militar nacionales con los estándares internacionales[12], estandarizar protocolos de actuación en casos de violaciones sexuales de acuerdo al Protocolo de Estambul y las Directrices de la Organización Mundial de la Salud[13] entre otros.

Igualmente en los casos de derechos reproductivos como el caso *"Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica"* de 2012, la Corte ordenó a Costa Rica dejar sin efecto la prohibición de practicar la fecundación in vitro (FIV) y adoptar medidas apropiadas *"para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos"*[14]. Recordemos que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica había anulado por inconstitucional un Decreto Ejecutivo que autorizaba la FIV por entender que era contrario al derecho a la vida de la persona por nacer.

2 Alcance de la competencia de la CIDH y la naturaleza de su función

A diferencia de lo que sucede con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la CIDH es un órgano del Pacto de San José de Costa Rica que tiene competencia para resolver todo caso que le sea sometido por los Estados parte o la CIDH. El hecho de ser órgano del Pacto y no serlo de la Organización de Estados Americanos (OEA) hace que su competencia dependa exclusivamente del texto de dicho tratado. La competencia de la Corte puede ser contenciosa o consultiva, en este último caso los Estados miembros de la OEA pueden solicitar a la Corte la interpretación de las normas de la Convención así como una opinión en torno a posibles contradicciones entre el derecho interno de un Estado y las normas de la Convención. Por su parte, la CIDH tiene por función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos mediante la realización de recomendaciones, la petición de informes a los Estados, la recepción de denuncias de violaciones a los derechos humanos y la petición ante la CIDH.

Como decíamos, para conocer el alcance de la competencia de la CIDH es preciso remitirse a lo previsto en el artículo 63 del Pacto de San José de Costa Rica que establece que la Corte es competente para decidir si hubo o no violación de un derecho o libertad protegidos por el Pacto mencionado, ordenar la reparación de las consecuencias de la medida o situación que causó la violación de los derechos, requerir el pago de justa indemnización y disponer que *"se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados"*. En ninguna parte del articulado del Pacto dice que la CIDH debe garantizar el goce de los derechos más allá del lesionado y respecto de la comunidad general o de

un grupo de personas. No está previsto en el texto del Pacto la función correctiva del derecho interno de los Estados con un alcance general. Por el contrario, la naturaleza jurídica de la Corte es principalmente reparadora de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos. De esta forma, no puede la Corte, por más loable que sea el fin buscado actuar como un tribunal de revisión de la máxima autoridad de los Estados ni como un órgano legislativo regional que va moldeando la normativa interna de los Estados. Si un Estado viola la normativa internacional por disponer de normas o prácticas contrarias a lo que prevé el Pacto o la hermenéutica del tribunal (por ejemplo, prohíbe la FIV cuando la Corte la considera violatoria del derecho a la salud sexual y reproductiva) el Estado deberá ser declarado responsable en el plano internacional tantas veces como incurra en el ilícito pero no puede ser obligado a modificar su normativa. Las múltiples condenas al Estado pueden inducirlo a modificar la conducta pero la Corte no es la vía legal para "corregir" el sistema.

No desconocemos que la CIDH en algunos de sus fallos como caso *"Almonacid Arellano y otros vs. Chile"* ha defendido el principio de *compétence de la compétence,* por el que se considera que no puede dejarse a *"la voluntad de los Estados que éstos determinen cuáles hechos se encuentran excluidos de su competencia"*[15]. Entendemos la lógica del principio y adherimos, pero tampoco puede la Corte por sí misma definir el alcance de su propia competencia porque no lo autoriza así el Pacto de San José de Costa Rica que los Estados asumieron de buena fe. Tampoco ignoramos el principio del *effet utile pero* consideramos que la utilidad del Pacto está supeditada a la condena del Estado en tantas situaciones como se hayan violado los derechos humanos pero no en la extralimitación de las funciones de la Corte.

Reflexiones finales

Teniendo en cuenta lo expuesto entendemos que la CIDH no puede dictar medidas en la parte resolutiva de su sentencia que exceden al caso y constituyan requerimientos propios de un tribunal de revisión y no de reparación. Los Estados que de buena fe han aceptado la jurisdicción de la Corte para entender en determinados casos de vulneración de derechos posiblemente no lo hubiesen hecho si hubiesen sabido que la Corte se extralimitaría en sus funciones y obligaría a los Estados a modificar su derecho interno en cuestiones sustanciales como su posición en relación a temas controvertidos como la tensión del derecho a la libre disposición de lo propio cuerpo y salud y el derecho a la vida. En este sentido entendemos que el Estado debe ser condenado tantas veces como sea necesario si viola los derechos humanos de las mujeres pero no puede constituirse en un poder legislativo regional porque carece de competencias.

Magdalena GARCIA ELORRIO
Legal & Social Centre of Research
National University of Córdoba
Córdoba, Argentina
magdalenagarcia.e@gmail.com

[1] CIDH, Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, N° 101, para. 276.

[2] CIDH, Caso *La Última Tentación de Cristo Vs. Chile* (Olmedo Bustos y otros). Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, para. 85, para. resolutivo 4.

[3] Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Arancibia Clavel Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros causa n° 259", 24 agosto de 2004, MJ-JU-M-3141-AR, p.1.

[4] Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "C. H. C. / Cambio de nombre, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires", 22 de marzo de 2007, MJ-JU-M-10283-AR, p.37.

[5] La conformación de qué debe entenderse por diligencia debida también se desprende de esas normas y alcanza las siguientes obligaciones específicas de: incluir legislación penal, civil y administrativa contra la violencia, -adoptar medidas administrativas, -adoptar medidas legales para conminar al agresor a abstenerse de vulnerar los derechos de la mujer, -adoptar medidas para modificar leyes o prácticas que toleren la violencia, -establecer procedimientos legales justos y eficaces, acceso a justicia, reparación, compensación justa y efectiva. Con respecto a la obligación de adoptar medidas, el artículo 8 prevé que estas deben garantizar: -fomento del conocimiento sobre el derecho de la mujer a una vida sin violencia, -modificación de los patrones socioculturales mediante la educación formal e informal, -capacitación de funcionarios públicos en la temática, suministro de servicios especializados de atención a la mujer víctima de violencia, -concientización, -disponibilidad de programas de rehabilitación a mujeres víctimas de violencia, entre otras.

[6] CIDH, Caso *"González y otras ("Campo Algodonero") vs. México"*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción preliminar, Fondo, Reparación y Costas, para. 12 de los puntos resolutivos.

[7] Ídem, para. 13 de los puntos resolutivos.

[8] CIDH, Caso *"Rosendo Cantú y otra vs. México"*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 10 de los puntos resolutivos.

[9] Caso de la *"Masacre de las dos Erres vs. Guatemala"*, sentencia de 24 de noviembre de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Voto Razonado Concurrente del Juez ad hoc, Ramón Cadena Rámila, p.4.

[10] Caso *"González y otras ("Campo Algodonero") vs. México"*, ob. cit. nota 6, para. 18 de los puntos resolutivos.

[11] Ídem, 22 de los puntos resolutivos.

[12] Caso *"Rosendo Cantú y otra vs. México"*, ob. cit. nota 8, para. 12-13 de los puntos resolutivos.

[13] Ídem, para. 14 de los puntos resolutivos.

[14] Caso *"Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica"*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, para.2 de los puntos resolutivos.

[15] Caso *"Almonacid Arellano y otros vs. Chile"*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, para. 45.



Arrêt récent de la CEDH sur le cas Roumanie vs. Pruteanu

Bruno MICOLANO

Une nouvelle fois, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) affronte le thème de l'interception téléphonique entre le requérant Pruteanu, un avocat et sa cliente, même si celle-ci n'est pas accusée dans un procès pénal.

Les faits sont les suivants.

Le requérant est né en 1974 et réside à Bacău. Il est avocat de profession.

C.I., sa sœur, M.T.O., et le compagnon de cette dernière, M.G.T., étaient associés de la société commerciale M. (la société M.), administrée par M.T.O. Le 1er septembre 2004, la société M. fut frappée d'interdiction bancaire. M.T.O. et M.G.T. s'enfuirent alors de la ville de Bacău.

À partir du 2 septembre 2004, la police de Bacău fut saisie de plusieurs plaintes pénales contre la société M. du chef de tromperie.

Le 3 septembre 2004, M.T.O. et M.G.T., qui se trouvaient toujours en fuite, signèrent des pouvoirs en faveur de C.I. pour la vente de deux immeubles.

Le Parquet près le tribunal départemental de Bacău (le Parquet) entama des poursuites pénales contre M.T.O. et M.G.T. du chef de tromperie. C.I. mandata le requérant pour défendre, le cas échéant, ses intérêts.

Par un jugement interlocutoire du 24 septembre 2004, se fondant sur les articles 912 à 915 du code de procédure pénale (le CPP), le tribunal départemental de Bacău (le tribunal départemental) autorisa le ministère public à intercepter et à enregistrer les conversations téléphoniques de M.T.O., M.G.T. et C.I., pour une durée de trente jours, à partir du 27 septembre 2004.

Il ressort du réquisitoire du 14 avril 2005 portant renvoi en jugement de M.T.O. et M.G.T. que la mise sur écoute de C.I. était nécessaire pour localiser les personnes mises en cause.

Se fondant sur l'autorisation susmentionnée, du 27 septembre au 27 octobre 2004, le département d'investigation des fraudes auprès de la police de Bacău intercepta et enregistra les conversations de C.I., dont douze tenues entre celle-ci et le requérant. Le contenu de ces enregistrements fut transcrit sur un support papier, lequel comportait également le nom du requérant, sa profession d'avocat et son numéro de téléphone portable.

Le 27 octobre 2004, M.T.O. et M.G.T. furent retrouvés par la police et placés en détention provisoire. Le requérant fut désigné par M.G.T. pour le représenter dans la procédure relative à son placement en détention provisoire et dans la procédure pénale. L'avocat et la cliente ont formé un recours demandant l'inutilisation des conversations protégées par le secret professionnel. La Cour saisie rejeta la demande et déclara qu'il n'existait pas de recours contre la décision autorisant la certification de l'enregistrement.

Pour ce qui est des accusés, une fois le procès achevé, ils furent condamnés à 10 ans d'emprisonnement.

L'avocat forme donc un recours devant la Cour de Strasbourg en invoquant aussi bien la violation de l'article 8 de la CEDH, mais aussi la violation de l'article 13 puisqu'il n'y a aucune voie de recours disponible afin d'empêcher la certification des enregistrements.

La Cour de Strasbourg encore une fois déclare la violation de l'article 8.

Examinons le raisonnement de la Cour.

En l'occurrence, la Cour note que le requérant se plaint devant elle d'une interception de ses conversations téléphoniques et qu'il met en avant sa qualité d'avocat et sa relation professionnelle avec C.I. À cet égard, la Cour rappelle que l'interception des conversations d'un avocat avec son client porte incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre ces deux personnes.

De ce fait, dans le contexte de l'affaire dont il s'agit, C.I. pourrait dénoncer le cas échéant une atteinte à ses droits en raison de l'interception de ses conversations avec son avocat. Cela étant, le requérant peut également se plaindre d'une atteinte à son droit au respect de sa vie privée et de sa correspondance en raison de l'interception de ses conversations, indépendamment de la qualité pour ester en justice de sa cliente.

Certes, le requérant n'a pas fait lui-même l'objet d'une autorisation de mise sur écoute en raison de sa qualité d'avocat ou de sa relation avec C.I. (voir, *mutatis mutandis, André et autre c.* France, no 18603/03, § 41, 24 juillet 2008). Il n'en reste pas moins que, lorsque les conversations d'une personne sont enregistrées et lorsqu'elles sont utilisées dans le cadre d'une affaire pénale, l'intéressé doit bénéficier d'un « contrôle efficace » pour pouvoir contester les écoutes téléphoniques en cause (voir, *mutatis mutandis, Matheron,* précité, § 36, et *Xavier Da Silveira c.* France, no 43757/05, § 44, 21 janvier 2010).

À ce sujet, la Cour note que l'autorisation d'enregistrer les conversations de C.I. a été délivrée par un tribunal.

Toutefois, cette autorisation visait C.I. et aucunement le requérant, de sorte qu'il ne peut pas être conclu que le tribunal a examiné *a priori* la nécessité de la mesure à l'égard de l'intéressé. Par ailleurs, la Cour rappelle avoir déjà rejeté le raisonnement conduisant à considérer que la qualité de magistrat de celui qui ordonne et supervise les écoutes impliquerait, *ipso facto,* la régularité et la conformité de celles-ci avec l'article 8 de la Convention, pareil raisonnement rendant inopérant tout recours pour les intéressés (voir, *mutatis mutandis, Matheron,* précité, § 40).

Il est évident qu'il existe une ingérence, même si l'interception concernait la ligne d'une troisième personne (v. *Lambert c.* France, 24 août 1998, § 21, *Recueil des arrêts et décisions* 1998 V, *Valentino Acatrinei c. Roumanie,* no 18540/04, § 53, 25 juin 2013, et *Ulariu c. Roumanie,* no 19267/05, § 46, 19 novembre 2013).

Cependant l'ingérence, pour être justifiée, doit être prévue par la loi, doit avoir un but légitime, et surtout, elle doit être nécessaire.

La Cour évite de déterminer si dans le cas d'espèce l'ingérence était prévue par la loi mais elle reconnait que l'interception n'était pas nécessaire au sein d'une société démocratique.

Pour ces motifs, la Cour :

1 ▪ *Déclare* la requête recevable quant aux griefs tirés de l'article 8 de la Convention, pris seul et combiné avec l'article 13 de la Convention, et irrecevable pour le surplus ;

2 ▪ *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;

3 ▪ *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8 de la Convention ;

4 ▪ *Dit*

a ▸ que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes, à convertir dans la monnaie de l'État défendeur, au taux applicable à la date du règlement :

I ◆ 4 500 EUR (quatre mille cinq cents euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,

II ◆ 50 EUR (cinquante euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par le requérant, pour frais et dépens ;

b ▸ qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

5 ▪ Rejette la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

La Cour a, une nouvelle fois, protégé la sacralité et la confidentialité des entretiens téléphoniques entre un avocat et son client (accusé ou non).

Il est cependant regrettable que les interceptions aient été utilisées et que la condamnation de la CEDH, certes importante, ait seulement une valeur symbolique, et de fait procure un modeste dédommagement.

On espérait mieux. Par exemple, une réforme de la décision fondée sur la preuve illégitimement acquise, comme l'explique le fameux principe américain du fruit de l'arbre empoisonné.

Bruno MICOLANO
Président du 58e congrès de l'UIA
Studio Micolano
Milan, Italie
micolano_avv.bruno@iol.it

Mémorial de Caen

Retour sur le 26e Concours de Plaidoiries des Avocats

Romina BOSSA ABIVEN

Le 1er février dernier, le Concours de Plaidoiries des Avocats, organisé depuis 1989 par le Mémorial de Caen, a mis encore une fois à l'honneur les droits de l'homme au travers des discours de dix avocats venus faire preuve de conviction, d'éloquence, de courage pour convaincre en quelques minutes à peine, un public exigeant et le jury constitué de personnalités du monde politique, juridique et médiatique.

25 ans après sa première édition, ce sont déjà plus de 250 avocats venus des cinq continents qui ont pris la parole pour dénoncer des cas réels de violations des droits de l'homme ayant eu lieu partout dans le monde et, parfois, à proximité des portes du Mémorial.

Renouvelant son soutien à cet évènement, l'UIA a répondu présente lors de la finale du concours, et a été représentée par Me Maxime Delhomme, Co-directeur du projet État de droit.

L'actualité s'est également invitée à cette finale 2015 car, bien que trop récents pour faire l´objet d´une plaidoirie, les attentats perpétrés à Paris en début d´année ont particulièrement marqué les discours et les esprits.

Ainsi, Me Bertrand Bruneau de la Salle, Bâtonnier de Caen, a ouvert la cérémonie exceptionnellement escorté par un grand nombre d´avocats en robe, dont la *« seule présence symbolique [était] plus parlante qu´un discours »*, pour manifester leur profond attachement à la liberté d´expression dans un lieu qui reçoit tous les ans des avocats du monde entier pour qu´ils puissent défendre « en toute liberté » une cause qui leur est chère.

Pour sa part, Rémy Ourdan, reporter au Monde et Président de Warm Foundation, qui présidait le jury en 2015, a appelé les avocats, *« fers de lance, avec les enquêteurs et les procureurs, de cet espoir phénoménal »* qu'est la justice pénale internationale, à continuer de jouer un rôle actif dans la lutte pour que cette justice soit véritablement universelle.

Ce sont principalement des avocats exerçant au sein de différents barreaux français, mais aussi de Belgique et de Tunisie qui ont été sélectionnés en 2015 pour participer à la finale. Un à un, ils ont plaidé pour diverses causes, parfois difficiles car loin d´être consensuelles, un exercice rythmé par les dessins d'Emmanuel Chaunu, toujours aussi incisifs.

La défense de la défense, un sujet toujours cher au concours, a été évoquée à deux reprises. Me Clara Ménard a pris la défense de Me Razan Zaitouneh, l'éminente avocate syrienne des droits de l'homme, « la Mandela de la Syrie », qui a été enlevée à Douma en décembre 2013 avec son époux Wael Hamada et deux collègues, Nazem Hamadi, aussi avocat, et Samiraa Khalil, tous très impliqués dans la défense des droits de l'homme. On reste sans nouvelles d'eux depuis. Pour Me Ménard, *« l'indifférence et la faiblesse de la communauté internationale [dans ce cas] suffisent à la rendre coupable »*.

Me Yassine Younsi a, quant à lui, pris la défense de Chokri Belaïd, avocat et leader de l'opposition politique tunisienne, assassiné le 6 février 2013, devenant ainsi à travers les mots de Me Younsi, un *« martyr de la liberté »*.

Dans un autre registre, Me Henri Carpentier a demandé à la communauté internationale la reconnaissance du choix courageux d'Edward Snowden, « un simple garçon de vingt-neuf ans », qui, en mai 2013, a révélé dans les média le vaste programme de surveillance de masse mis en place par les services secrets américains.

Les déplacements forcés des populations, pour différentes raisons et dans des géographies différentes, ont également été choisis comme objet des plaidoiries.

Ainsi, Me Ophélie Gourdet a plaidé le cas d'Ioane Tietiota, natif des Kiribati, parti en Nouvelle Zélande, où il a rejoint des milliers de personnes déplacées à l'intérieur ou en dehors de leur pays en raison des catastrophes climatiques alors que le statut de réfugié climatique n'a pas d'existence juridique.

La situation du peuple nomade mongol, qui est depuis des années forcé au déplacement, notamment à cause des richesses naturelles des terres qu'il habite, poursuivi lorsqu'il se rebelle contre son sort, et discriminé et opprimé dans les villes où on l'installe, a été le thème de la plaidoirie de Me Vony Rambolamanana.

Pour sa part, Me Maxime Filluzeau a abordé l'exode de Yousef, un jeune chrétien irakien confronté à l'intolérance du califat islamique qui lui laisse comme seuls choix possibles de renier sa religion, mourir par l'épée ou fuir.

L'intolérance religieuse a été évoquée par Me Olivier Roquain présentant l'histoire d'Asia Bibi, une jeune mère de famille chrétienne, condamnée à mort pour blasphème en 2014 au Pakistan.

Le cas d'une autre jeune femme, non loin du Mémorial cette fois-ci, a fait l'objet de la plaidoirie de Me Iris Naud : Puja, une jeune femme immigrante de dix-huit ans, enceinte suite à un viol, à qui l'État irlandais refuse le droit d'avorter et préfère alors se laisser mourir.

L'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ont été au cœur de la plaidoirie de Me Julien Martin qui a

exposé le cas d'Eric Lembembe et Roger Mbede, deux militants pour les droits des homosexuels torturés et assassinés au Cameroun en raison de leur combat.

Me Julien mentionne également le cas de Jonas et Franky, deux autres jeunes hommes victimes de l'intolérance, arrêtés et accusés pour délit d'homosexualité sans autres preuves que le fait de porter des parures féminines. Et l'intolérance ne semble cesser de faire d'autres victimes au Cameroun… Sa plaidoirie, qui avait été censurée en avril 2014 à l´occasion d´un concours en Mauritanie pour éviter les « risques de troubles à l´ordre public », s´est vue récompensée du Prix du Barreau ainsi que celui du Public.

C'est finalement Me François Dessy, avocat au Barreau de Huy et de Liège, en Belgique, qui a été récompensé du Prix du Mémorial.

Se livrant à un véritable exercice de défense, Me Dessy a abordé le cas de Frank Van Den Bleeken, un délinquant sexuel multirécidiviste à qui la Belgique a refusé une demande d'internement dans un centre spécialisé mais qui lui a accordé, en revanche, l'euthanasie. Au travers de ce cas, Me Dessy dénonce la démission de l'État belge, coupable – selon lui – de non-assistance à personne en danger de mort et qui par une « contorsion légale », rétablit en Europe, sans oser porter son nom, la peine de mort, *« un crime légal qu'on avait […] presque oublié ».*

Les causes à défendre sont toujours plus nombreuses à travers les ans et la soif de justice, dans les mots de Rémy Ourdan, est universelle, et tout simplement humaine…

Le Mémorial ouvrira encore ses portes aux avocats du monde venus informer l'opinion publique sur différentes atteintes aux droits de l'homme le 31 janvier 2016 prochain.

Si vous souhaitez participer au concours, inscrivez-vous avant le 11 novembre 2015.

Pour plus d'informations :
www.memorial-plaidoiries.fr

Romina BOSSA ABIVEN
Assistante projets droits de l'homme et profession de l'UIA
Paris, France
rbossa@uianet.org





26e Concours international de plaidoiries des avocats pour les droits de l'homme



Mémorial de Caen - 1er février 2015

Président d'honneur du jury 2014 :
M. Rémy Ourdan, reporter pour le journal *Le Monde*, Président de Warm Foundation.

L'UIA, représentée par Me Maxime Delhomme, Directeur adjoint du Projet État de droit, a offert au lauréat une année d'adhésion à l'association ainsi que les frais d'inscription et d'hébergement au congrès de Valence, en Espagne, du 28 octobre au 1er novembre 2015.

Les neuf autres finalistes se sont vu offrir une année d'adhésion à l'UIA ainsi que les frais d'inscription à l'un des séminaires de l'année 2015.

LES FINALISTES

- « Edward Snowden : le choix d'une vie » - Me Henri Carpentier - France
- « Enfer mental et damnation carcérale : pour un sursaut d'humanité à l'ombre de nos sociétés » - Me Jean-François Dessy - Belgique
- « Le temps de l'exode » - Me Maxime Filluzeau - France
- « Ioane Tietiota ou vers la reconnaissance d'un statut de réfugié climatique » - Me Ophélie Gourdet - France
- « D'Homo Sapiens à Homophobe : la malédiction du Cameroun » - Me Julien Martin - France
- « Razan Zaitouneh, la Mandela de la Syrie » - Me Clara Ménard - France
- « Le droit à la vie » - Me Iris Naud - France
- « Jindandao au grand jour » - Me Vony Rambolamanana - France
- « Soif de justice. L'insupportable condamnation à mort d'Asia Bibi » - Me Olivier Roquain - France
- « Chokri, martyr de la liberté » - Me Yassine Younsi - Tunisie



LES LAURÉATS

1er prix : Prix de la Ville de Caen et du Mémorial de Caen
Me François Dessy - Belgique

2e prix : Prix du Barreau et Prix du public
Me Julien Martin - France

La finale de la 27e édition du concours se déroulera le 31 janvier 2016.

Plus d'informations : www.memorial-plaidoires.fr



Enfer mental et damnation carcérale : Pour un sursaut d'humanité à l'ombre de nos sociétés

François DESSY

« Les conditions pour l'euthanasie, c'est qu'on ait des souffrances physiques infinies et qu'aucun traitement n'existe. Si je n'ai pas la possibilité d'aller aux Pays-Bas, alors il n'y a pas de traitement possible en Belgique. Alors, suivant la loi, j'ai droit à l'euthanasie. Alors on n'a qu'à m'accorder cette euthanasie. Et je serai en dehors de la société. Mais il y en aura d'autres après moi. Les gens doivent se rendre compte que lorsque vous internez des gens et qu'ils ont commis un délit sexuel, aidez-les. Aidez-les à vivre avec cela. Mais laisser quelqu'un simplement derrière des portes fermées avec ça ; on n'aide personne : ni la personne-elle même, ni la société, ni la victime. Je ne me sens plus un homme. »

Cette voix qui transperce l'écran de la télévision flamande, à la monotonie résignée, monocorde, sans haine, ni rage.

Et ces yeux qui l'accompagnent, embués de larmes, éteints, vides de toute énergie… sont ceux de Frank Van Den Bleeken, 50 ans.

Son statut : interné.

Ses actes : abominables, meurtriers, plusieurs agressions sexuelles commises sur des jeunes femmes dont l'une y a laissé la vie. Ce qui n'appelle aucun état d'âme, aucune sollicitude, me direz-vous. Oserait-on d'ailleurs, l'appeler Frank ?

Son état mental est pourtant à ce point troublé qu'il ne peut contrôler ses actes. Motif pour lequel il est sous le coup d'une mesure d'internement, c'est-à-dire, une alternative à l'emprisonnement ou en termes légaux, *« une mesure de sûreté destinée à la fois à protéger la société et à faire en sorte que soient dispensés à l'interné les soins requis par son état en vue de sa réinsertion dans la société.»*

Mais il y a loin de la coupe aux lèvres, de la loi aux actes… Frank a – et aurait – tout accepté. Mais il est là, à croupir dans l'annexe psychiatrique d'une prison ordinaire près d'Anvers.

Rien ne lui a été proposé. Rien qui puisse répondre à ses besoins, le guérir ou à tout le moins soulager tant soit peu le mal intérieur qui le ronge. Mal encore accentué par des éclairs de lucidité. Car il le sait depuis son premier jour d'enfermement, s'il sort, il recommencera.

Or, il ne veut plus faire de mal.

C'est pourquoi il n'a jamais demandé, ni même envisagé sa libération, fut-ce à long terme.

revers de main cette solution, suivi par la Commission de défense sociale chargée de statuer sur son cas !

En instance : demande de soins, rejetée ! Circulez, il n'y a plus rien à dire !

Bis repetita en appel.

En raison de quoi, Frank assigna l'État belge pour le contraindre à accepter son transfert salvateur ou, à défaut, sa demande d'euthanasie.

J'espère que vous êtes tous assis, Mesdames et Messieurs.

Quel odieux message délivrons-nous, délivrent ceux qui parlent en notre nom lorsque la fraternité est défaillante ou inexistante, à l'égard des délaissés, des parias sociaux, le fussent-il en vertu d'un procès équitable ?

Depuis 3 ans, Frank est à bout. Il lutte depuis toujours. L'enfer, c'est lui-même… avec, vous allez le voir, la complicité des autres.

Jugeant ses souffrances inapaisables, ce calvaire, cette guerre interne, cette survie mentale impossible à endurer, il demande son euthanasie, laquelle échoue, faute de médecins persuadés que toutes les possibilités thérapeutiques ont été épuisées.

Sage prudence médicale puisque finalement Frank trouve aux Pays-Bas, un établissement adapté, *« De Pompestichting »*, conçu pour accueillir des délinquants sexuels dans le cadre de longs séjours, *« langdurige forensich psychiatrische zorg »*, dont le pendant n'existe pas en Belgique.

Mais ses derniers espoirs ravivés vont vite voler en éclat.
Parce qu'un Procureur écarte d'un prompt

La Ministre de la justice a proscrit l'option thérapeutique et privilégié la mort de Frank : *« Non pour votre transfert »* ! *« D'accord pour l'euthanasie »* ! Tandis que la Cour d'appel de Bruxelles, par arrêt rendu le 29 septembre 2014, a entériné cet accord !

Suprême justification alléguée : on ne peut faire de cette faveur un précédent : *«Après,* nous affirme-t-on, *on verrait des détenus demandant d'être extradés au soleil »*.

Par quelle contorsion « légale » et létale, un État de droit peut-il décider de la mort d'un citoyen qui ne demandait qu'à vivre autrement, c'est-à-dire dignement, en se soignant différemment. Le triste destin de Frank pose d'abord triplement question.

Comment peut-on accueillir la demande d'euthanasie *« réfléchie et volontaire »* –

comme la loi belge le prescrit – d'un malade mental, paradoxalement irresponsable de ses actes sur le plan pénal ?

Comment peut-on qualifier *« d'inapaisables »* ses souffrances psychiques, quand un établissement frontalier se propose d'en alléger le poids ? *« D'insupportables »* quand lui veut bien les supporter ailleurs ?

Comment l'État belge peut-il parler de « pathologie incurable », sans fournir un seul établissement de soins *ad hoc* pour les délinquants sexuels, qui plus est, lorsqu'ils sont définitivement affectés par un trouble mental ?

Tout cela pour servir quel but ? Pour bafouer la vie.

Des signes de régression furent, hélas, déjà observables pour ne pas dire annonciateurs.

J'en veux pour preuves les derniers développements législatifs en Belgique en matière d'euthanasie.

Au bénéfice :
- des personnes qui souhaitent y consentir par anticipation en prévision d'une future inconscience ;
- des personnes souffrant d'une lourde pathologie ou d'un handicap, non mortels ;
- et depuis février 2014 - fait unique et paradoxal au monde - au bénéfice des mineurs soi-disant « capables de discernement ».

Mais ici, Mesdames et Messieurs, nous assistons à la plus grande des régressions.

Car en retirant la vie de force à celui qui VEUT VIVRE même dans la douleur, en ôtant la vie à un prisonnier qui s'accroche à elle depuis 30 ans, à un patient comme Frank – pardonnez-moi de le préciser – à un malade, ni mourant, ni même guetté par la mort ;

Oui, on piétine sa vie au lieu de la protéger. Oui, la Belgique achève ainsi de piétiner ce que nous avons de plus sacré, de plus précieux, notre droit le plus indérogeable, notre valeur la plus intangible et inconditionnelle : la vie. Après en avoir été l'orgueilleux porte-étendard, après en avoir combattu, des décennies durant, la négation même, la peine de mort, c'est ce même châtiment–capital ! – qui, sans oser porter son nom, fut, en Europe, rétabli.

La lâcheté terminologique jointe à l'abomination étatique !

Vous entendez bien. Un crime légal, qu'on avait, chez nous, presque oublié !

Est-il besoin de le réaffirmer ? Dans l'ordre des droits sauvegardés par la Convention européenne du 4 novembre 1950, le droit de vivre les devance tous ; le droit de vivre est plus cher que tous les autres et les permet tous : le droit de vivre à deux, en famille ou en société, le droit de vivre dans l'intimité et dans la dignité…

Faut-il faire à mon pays, berceau de l'Europe, aux allures modèles, l'affront de rappeler qu'il s'est engagé à l'appliquer comme toutes



ses juridictions, au besoin en récusant ses propres lois et qu'il a ratifié le 23 juin 2003, le protocole additionnel relatif à l'abolition de la peine de mort précédé de cet incipit majeur *« convaincu que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tout être humain… »*

Bien plus encore, tout État doit, non seulement *« s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière »* et *« prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction »,* mais encore *« assurer ce droit en dissuadant de commettre des atteintes contre ces personnes ».* Dois-je avoir le déshonneur de rappeler à ma Belgique ce b.a.-ba jurisprudentiel martelé par la Cour européenne dans l'arrêt Keenam contre Royaume-Uni en 2001 ?

Ni la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), ni les lois nationales ne sont des poupées vaudou que l'on peut manipuler, rudoyer à plaisir, et transpercer d'un coup de canif, au mépris de ce qui nous fonde et nous caractérise : l'humanité ! Et non l'animalité !

« L'humanité désigne à la fois le genre humain dans sa totalité ou un sentiment de compassion, c'est tous ou personne. S'il est un mot qui exclut l'exclusion, c'est bien celui-là » disait un confrère avisé.

Quel odieux message délivrons-nous, délivrent ceux qui parlent en notre nom lorsque la fraternité est défaillante ou inexistante, à l'égard des délaissés, des parias sociaux, le fussent-il en vertu d'un procès équitable ?

Plus grande est la difficulté d'un homme, plus importante doit être l'aide que doit lui fournir la société. Aider, assister et soutenir. Non point épurer, purger, exclure, bannir. Favoriser la résilience des victimes, mais aussi des « internés » en grandes souffrances. Et non point leur élimination mortifère. Là réside le salut, la viabilité, de nos sociétés ; là réside le gage d'amendement du « condamné » et partant, le gage de notre sécurité.

Cette fraternité est notre ciment, le cœur qui fait battre, vivre notre état de droit, l'ADN de notre démocratie. L'oublierait-on ?

Jamais, jamais une mort évitable et donc toujours injustifiable, ne doit nous indifférer. Surtout pas la mort ô combien évitable et prétendument acceptée d'un homme sous l'empire d'un mal que ne domine ni son esprit, ni son corps. Et pour cause, puisque

son âme, siège de toute pensée, moteur de toute action, est ébranlée, déréglée, dévastée.

En dépit de tout cela, un médecin, Mesdames et Messieurs, a, d'ores et déjà, offert ses services pour l'euthanasier ! La loi ne prévoit aucun contrôle préalable, la commission fédérale de contrôle ne délibère que *post mortem*… Les heures sont maintenant comptées.

À l'heure où je plaide devant vous, sa dernière heure, est arrivée. Frank Van Den Bleeken a reçu une permission de 48h pour disparaître définitivement.

Voilà pourquoi je plaide – encore et encore – il en est encore temps : pour empêcher ce crime organisé, légalisé et déguisé, étatisé ; ce suicide assisté et planifié, le sien, celui d'un homme seul, mal, et d'une démocratie démissionnaire, aveugle, coupable de non-assistance à personne en danger de mort.

« Nous sommes parfois aveugles. Nous faisons un usage pervers de notre raison quand on humilie la vie. L'homme a cessé de se respecter lui-même quand il a perdu le respect qu'il devait à son semblable ».

Puisse la lumière de José Saramago, jetée au monde en quelques mots, lors de son discours de réception du prix Nobel, déciller nos yeux aveugles et nous faire voir notre injustice afin que la vie, et donc l'espoir, ne désertent pas les champs clos de notre misère sociale !

François DESSY
Avocat
Huy, Belgique
f.dessy@avocat.be



Rester intransigeant dans l'adversité !

Interview de François Dessy, lauréat du 26e Concours international de plaidoiries pour les droits de l'homme

Juriste International (JI) : En plaidant le cas de Frank Van Den Bleeken, agresseur sexuel multirécidiviste, vous preniez consciemment un certain risque vu le profil du défendu, pourquoi alors avoir choisi son cas ?

François DESSY (FD) : Je n'ai pas été en proie à l'hésitation en pesant les pro et les contra, spéculant sur quelques réticences du Jury. Supprimer, par décision légale, la vie de quelqu'un qui ne demandait qu'à vivre, à quoi cela s'apparente-t-il sinon à la définition même de la peine de mort ?

Il fallut toute la sagesse et l'énergie de Robert Badinter, catalyseur décisif de toutes les voix abolitionnistes qui l'ont précédé d'Hugo à Jaurès, de Baccaria à Condorcet ou Gambetta, pour avoir raison de ce qu'il appelait « l'euthanasie judiciaire » ! Par un triste et symétrique renversement de cette macabre équation, force est de reconnaître que l'euthanasie judiciaire de Frank n'était rien de moins qu'une peine capitale, trompeusement déguisée sous le masque de l'innocence… Qu'une telle injustice puisse encore se commettre à l'orée du IIIe millénaire, dans un État de droit, cité pourtant en exemple, et que ce soit la seule réponse apportée à l'infinie détresse, faute de soins, d'un interné, isolé dans l'annexe d'une prison ordinaire, me paraissait devoir justifier toutes les initiatives, tous les élans solidaires dans un esprit de fraternité comme le prescrit l'article 1er de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ! A qui sait comprendre peu de mots, peu de lettres suffisent. En l'occurrence 3 lettres : NON. Il eut suffi de dire non à la mort de Frank ! Pas un triple – ministre, médecin et juge – oui ! Voilà pourquoi je me suis engagé. Pour dire NON. Pour réaffirmer le primat fraternel, la primauté solidaire de la vie sur toute autre considération. Pour ajouter une gouttelette résistante, rejoignant toutes celles qui remontent à contre-courant ce fleuve d'apathie, d'informations diffuses et évanescentes. Sans avoir égard aux difficultés que peut éprouver la défense d'un polycriminel multirécidiviste, parce qu'on parlait de sa vie. Rien de moins. Et qu'il devait être considérer comme étant un malade mental au sens médical du terme. Rien de plus.

JI : Savez-vous ce qu'il est arrivé à M. Van Den Bleeken ?

FD : Parallèlement à mon inscription au Concours, je suis resté en étroite liaison avec l'avocat de Frank Van Den Bleeken. J'ai appris à Noël qu'il avait entamé ses adieux et que l'euthanasie était imminente. Je m'en suis ouvert auprès du Président de la ligue des droits de l'homme en Belgique, Alexis Deswaef, qui en digne porte-parole de la ligue a réuni ses membres et mené campagne pour éveiller l'indignation et vigoureusement dénoncer cette euthanasie attentatoire au droit à la vie, fixée le 11 janvier. Consécutivement, notre nouveau ministre de la Justice, avocat de son état, a fait paraître un communiqué confirmant que « les médecins avait décidé d'interrompre le processus ». Aucune erreur n'était expressément avouée puisqu'on se rangeait prudemment derrière la volte-face des médecins. Mais concrètement notre ministre n'en a pas moins veillé à interner Frank Van Den Bleeken dans un centre psychiatrique à Gand. Et, plus récemment encore, il a poussé l'investissement personnel jusqu'à rencontrer Frank Van Den Bleeken en prison pour discuter des modalités de transfert aux Pays-Bas afin qu'il reçoive les soins adaptés qu'il avait sollicités. Bien plus encore notre ministre vient d'annoncer la construction d'un tel établissement (*long stay* pour les pathologies mentales durables et presque inguérissables) en Belgique.

JI : Le concours de plaidoiries donne aux finalistes une tribune privilégiée pour faire passer des messages, comment résumeriez-vous le vôtre ?

FD : On l'aperçoit, cette affaire est celle du triomphe de la vie, une victoire inespérée ! Une victoire à la Pyrrhus émotionnellement, certes, car Frank sut qu'il allait vivre, mieux… Seulement cinq jours avant la date prévue pour son dernier départ. Mais une victoire cruciale, décisive, vitale, le triomphe de la vie ! Et de l'homme ! Car, le respect cardinal et minimal de l'autre commence par celui de sa vie. Comment oser qualifier notre société de fraternelle, si l'on franchit ce fil rouge, si l'on touche à cette intangible, irréductible dignité, à cette « dignité transcendantale de l'homme » comme dit le Pape François.

Au-delà des mots prononcés à Caen, ce que je retiens c'est que ce concours s'est inscrit dans un mouvement global, une sorte de volontarisme contagieux des avocats qui mouillent leur robe et leur plume pour accomplir ce que Malraux appelait splendidement, dans ses Anti-mémoires, *« la part divine de l'homme »,* c'est-à-dire *« son aptitude à mettre en cause l'ordre du monde afin de le rendre meilleur ».* Là gît pour moi l'essence de ce concours, son message empli d'universalité. La fidélité à ses convictions au service desquelles tous les efforts doivent être consentis. Voilà le message que je retiens ! Rester intransigeant dans l'adversité : tout sacrifier au triomphe de la cause en laquelle on croit, pour la liberté, la vérité, la dignité, disait Camus. Se tenir face à tout ce qui les nie. Œuvrer au triomphe de toutes les valeurs que leur défense exige : la solidarité, le dévouement et l'abnégation qui doit en découler. En un mot, pratiquer ce que j'appelle le jusqu'au-boutisme judiciaire ou extrajudiciaire à Caen, par exemple, total, une persévérance inflexible, éperonnées, talonnées par d'inébranlables convictions.

Voilà le legs universel de Caen ! Ne jamais baisser les bras, céder au désespoir, quand on défend quelqu'un, s'arrêter tant que l'on peut encore faire bouger les choses. C'est le Perseverando d'Hugo… *« Presque tout le secret des grand cœurs est dans ce mot :* perseverando *». Le Labor omnia vincit improbus* de Virgile, tout est toujours possible avec le travail et les forces vives de l'esprit… Tenter de manier cet art de dépasser, élargir les horizons, d'élever la réflexion, de cultiver l'espoir, demeurer sur ses gardes et ne pas se muer en aveugle suiveur des masses, des majorités silencieuses en présence d'une injustice. Je retiendrais que cette fédération des énergies a eu raison d'un terrible égarement étatique, pour dire les choses pudiquement. C'est le cri de Voltaire. *« Je n'ai d'espoir qu'en le cri public… »* qui fit triompher l'innocence de Calas. C'est le cri libérateur de Zola en faveur de Dreyfus, de Vergès qui sauva la tête Djamila Bouhired dans les dernières années troubles et ensanglantées de l'Algérie française.

« Il n'est pire souffrance que l'injustice ». Cela étant écrit, rien n'est immuable, tout en ce compris l'injustice peut être conjurable, ou, à tout le moins, améliorable. Vouloir est déjà parfois pouvoir. Ce qui renvoie encore à Voltaire : *« C'est n'être bon à rien que d'être bon qu'à soi ».* Et pour Frank Van Den Bleeken en particulier, retenons enfin ce que les rabelaisiens savent depuis longtemps *« Science sans conscience n'est que ruine de l'âme ».* Celle de Frank et de toute une nation si elle perd sa bonne conscience…

JI : Si vous étiez vous-même membre du jury, quelles seraient les qualités que vous rechercheriez dans la plaidoirie ?

FD : Ma réponse est la conséquence de ce que j'évoque ici. Je pense que la vertu première du Concours c'est de toucher le cœur des personnes présentes. Pour épaissir l'onde de choc qui peut infléchir les consciences investies du pouvoir de changer les choses (autorités judiciaires, législatives, exécutives, etc.). Le changement passe par la sensibilisation. Que l'injustice ait été commise ou non. Que l'on soit dans l'*Evitons ça a priori,* comme Frank, ou dans le *Plus jamais ça, a posteriori,* ce n'est qu'au prix d'une émotion indignée durablement instillée, puis installée en nous que nous pouvons réorienter les sentiers de notre agir et de notre pensée, éclairer nos trajectoires. Et partant, le devenir de toute une société. C'est, dès lors, à l'aune de cela, du taux de pénétration, du degré de rémanence du message que se déterminerait mon appréciation en qualité de juré. Ce qui suppose sans doute clarté, beauté, authenticité de l'engagement, grande portée et belle amplitude du combat pour « enrôler » le cœur du Jury dans la bataille. Les fonctions que certains jurés occupent pourront, par ailleurs, décupler la force de frappe des robes sélectionnées.

Les avocats du Barreau français étaient très largement majoritaires lors de cette édition. Étant, vous, un avocat belge, comment encourageriez-vous vos confrères et consœurs de partout dans le monde à participer à ce concours ?

Pour qui défendre est une passion, le Mémorial de Caen offre une tribune difficilement égalable qui dépasse de beaucoup les particularités de l'espèce que nous traitons tous, avocats, ordinairement. À Caen, les revendications y sont magnifiquement catalysées, « éternisées », universalisées. Les témoignages que les avocats recueillent suite à leur intervention le montrent. Il y a une pierre apportée à l'éternité du combat mené contre ce qui est injuste, là où une victoire dans un prétoire s'arrête bien souvent à ses portes ou aux portes de ceux qui y ont été jugés. Le Mémorial, lui, est un lieu de partage, d'échange, de perpétuation de la mémoire, de préparation, de réflexion qui fait fi de toute frontière spatio-temporelle pour intensifier davantage les combats qui nous tiennent à cœur, à savoir la défense de l'humanité humiliée, la défense de l'homme en mal de dignité. Le Mémorial, le temps d'un concours international, est ce lieu où se poursuit, s'étoffe, se solidifie la chaîne de défense universelle de nos droits. L'écrivain sud-africain André Brink, décédé il y a quelques jours, au retour de son dernier voyage à Louvain-la-Neuve dont l'Université (UCL) venait de lui conférer le titre de docteur *Honoris causa* pour son immense œuvre et sa lutte contre l'apartheid rempli de sens cette conclusion.

« Le verbe, écrit-il en des lignes lumineuses, est une chose insignifiante en soi, un souffle infime, rien de plus. Toutefois, c'est dans et par le mot que nous prenons d'abord conscience de notre humanité. Tant que nous aurons à notre disposition les mots, nous pourrons rejoindre autrui au sein d'une chaîne de voix qui ne seront jamais bâillonnées. C'est notre unique, notre modeste, notre durable garantie en ce monde et contre ce monde. Tant que ce sera possible, je parlerai, je ne pourrai pas me taire ».

À l'origine de nos combats était, à Caen, le Verbe (transitif bien sûr, une chaîne, des liens et beaucoup de bien… commun sans s, évidemment).

Interview de François DESSY
réalisée par Romina BOSSA ABIVEN





e-Learning @ ERA

EU law at your fingertips



Following the ever growing need to develop skills and acquire knowledge, whilst moving from traditional classroom training towards a distance learning environment, the Academy of European Law offers a range of e-learning products to complement its curriculum of training in EU law for legal practitioners.

e-Presentations

More than simple Video Podcasts

Each e-presentation features a top expert from the EU institutions, national practice or a representative of a regulator and includes the high-level supporting material for which ERA is known, such as detailed notes and exhaustive documentation.

Your benefits at a glance

- Flexibility to learn whenever and wherever convenient for you
- Analysis of the latest developments by a top EU law expert
- Splitscreen video of film and presentation
- Extensive supporting documentation integrated at the relevant point in the presentation

e-Learning Courses

ERA also offers a range of e-learning courses designed to serve as preparation for participation in face-to-face training seminars. The courses are composed of several online modules and an interactive self-assessment test.

Our interactive e-learning offer all practitioners of law and people involved in EU-matters in general the knowledge and skills to fully understand the European law.

Your added value

- Focus on latest developments
- Video recording of EU law expert
- Interactive quizzes
- Extensive background material
- ERA is accredited as a distance learning CPD course provider



www.era.int/elearning



La profession d’avocat
The Legal Profession
La Abogacía

Non à la loi relative au renseignement !

Pierre-Olivier SUR

Le 19 mars dernier, le Premier Ministre français, Manuel Valls, présentait un projet de loi relatif au renseignement. Alors que ce texte était en préparation depuis près de deux ans, il a été examiné en procédure accélérée. Celle-ci était uniquement justifiée par le contexte, assimilable à un « syndrome post-traumatique », après les attentats qui ont bouleversé notre pays. On a voulu nous faire croire que les dispositions sécuritaires en discussion relevaient d'une nécessité de sûreté publique, pour nous prémunir contre le terrorisme. Il y avait donc urgence. Mais on nous a menti. En effet, il s'agit d'un projet de loi liberticide, autorisant la mise en place de systèmes pour localiser en temps réel des personnes, des véhicules ou des objets, mais aussi pour capter des données personnelles, dans une sphère qui va bien au-delà du terrorisme. L'Ordre des avocats du barreau de Paris fait partie des institutions qui ont alerté l'opinion et le Parlement, au point que les débats à l'Assemblée nationale en première lecture ont permis de transformer une unanimité « pour » en un front divisé : 86 députés ont voté « contre » et 42 se sont abstenus, tandis qu'au Sénat 68 sénateurs ont voté « contre » le projet de loi.

Le hasard du calendrier a conduit à une situation paradoxale en droit comparé, puisque la discussion du projet de loi en seconde lecture devant le Sénat est précisément intervenue au moment où le *« Patriot Act »* fut suspendu aux États-Unis. En effet, alors que les sénateurs français s'apprêtaient à voter la disposition très controversée du projet de loi autorisant l'installation de « boîtes noires » analysant les métadonnées du trafic Internet des Français... les sénateurs américains ont adopté le *« Freedom Act »*, texte qui aménagera le *« Patriot Act »* afin de réduire la marge de manœuvre des services de renseignement !

Pourquoi les Américains sont-ils revenus en arrière ? Parce que le *« Patriot Act »* a toujours fait l'objet de critiques et s'est heurté à de nombreuses jurisprudences.

En effet, la réaction la plus vive à l'encontre du caractère liberticide du *« Patriot Act »* est venue de juges de district, qui ont déclaré inconstitutionnelles certaines dispositions de la loi comme, par exemple, celles contraignant les fournisseurs de services Internet à communiquer aux services de renseignement les données personnelles de leurs clients à la suite d'un simple « courrier de sécurité nationale » délivré unilatéralement par l'*Attorney General*.[1] De plus, la Cour suprême a, quant à elle, dénoncé l'illégalité des mesures qui refusaient aux détenus de la prison de Guantanamo de recourir à l'*habeas corpus*.[2]

Avouons que le parallélisme est stupéfiant : tandis que le 11 septembre avait conduit au « Partiot Act » aux États-Unis, le 11 janvier aura apporté une loi sur le renseignement en France qui était pourtant en préparation depuis bien longtemps. Heureusement, ici et là-bas, on reviendra en arrière, car nos grandes démocraties occidentales ne peuvent – passé le mouvement de réaction sécuritaire – céder au terrorisme et renoncer à certaines tranches de libertés publiques, pour se réfugier dans les bras de *big brother*.

Je suis formellement opposé au texte du projet de loi relatif au renseignement puisqu'en légalisant les moyens utilisés par les services de renseignement, il valide un dispositif trop intrusif. Ce texte est dangereux. Il concerne chacun d'entre nous, compte tenu de la sophistication des techniques d'investigation. Et il est indispensable de rappeler que la quasi-totalité des juristes se sont insurgés « contre » : le Défenseur des droits, Jacques Toubon ; le Président de la Commission nationale des interceptions de sécurité (CNIS), Jean-Marie Delarue ; la Présidente d'Amnesty International France, Geneviève Garrigos ; les deux grands syndicats de la magistrature : l'Union syndicale des magistrats et le Syndicat de la magistrature ; la CGT-Police ainsi que le Syndicat national des journalistes. De nombreux autres juristes ont également émis des réserves sur ce projet de loi, comme la Présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Isabelle Falque-Pierrotin, ou Marc Trévidic, ancien juge antiterroriste.

Présentons maintenant les principaux sujets théoriques de critique.

La première critique du projet de loi sur le renseignement est son champ d'application beaucoup trop large, qui dépasse le domaine affiché par le Gouvernement. En réalité, voici une sorte d'article 16[3] permanent. Rappelons que le projet était en préparation depuis deux ans, ce qui explique son caractère général. Il s'agit donc d'un texte qui n'est pas du tout limité à la lutte contre le terrorisme. Je conteste son titre « Projet de loi relatif au renseignement » car ses dispositions concernent plus largement : *« les intérêts essentiels de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère »*, *« les intérêts économiques et scientifiques de la France »*, *« la prévention de la criminalité et de la délinquance organisées »*. On notera enfin que *« la prévention du terrorisme »* n'apparaît qu'en quatrième position de la liste des « intérêts publics » établie par l'article 1er du projet de loi[4]. La première critique consiste donc à dénoncer le fait que le contenu dépasse le

titre et que l'effet-annonce de la loi nouvelle ait été présenté à la Nation comme un mensonge d'État. Non, il ne s'agit pas que d'un texte contre le terrorisme, il s'agit d'un texte de droit commun !

En second lieu, ce qui choque profondément dans ce projet de loi est son caractère liberticide. Sous couvert de prévention des *« violences collectives de nature à porter atteinte à la paix publique »,* va-t-on mettre gravement en péril les libertés publiques et notamment le droit de manifester ? Le problème de l'algorithme, censé déterminer les individus à surveiller, c'est qu'on ne va plus se concentrer uniquement sur certaines personnes mais sur tout le monde. Chaque individu devient un suspect potentiel et participe aux éléments constitutifs d'une toile dont la cible n'est pas identifiée. Ce projet de loi met potentiellement tous les Français sous surveillance. Ce n'est pas admissible.

Troisièmement, le texte est dangereux car les garde-fous mis en place – la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) – ne suffiront pas à encadrer l'usage des moyens techniques utilisés par les « services ». La Commission, chargée de donner son avis (un simple avis, puisque c'est le Premier Ministre qui décide) sur les mesures envisagées, sera composée de hauts magistrats détachés, de parlementaires et d'un expert.[5] Donc une nouvelle commission dont les membres ne sont pas les acteurs naturels de la défense des libertés publiques. Ainsi nous n'aurons pas affaire à notre interlocuteur habituel qui est le juge judiciaire. Mais *in fine*, nous devrons saisir le Conseil d'État. Rappelons qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire est gardienne des libertés publiques et, attendons de voir si le Conseil Constitutionnel intégrerait aussi facilement que certaines jurisprudences administratives l'ont fait, le Conseil d'État en tant qu'autorité judiciaire...

Après avoir été théoriques, essayons d'être très concrets.

Deux individus viennent de commettre un délit, même un petit délit, par exemple, le casse d'un distributeur de bouteilles sur un quai de métro, avec préméditation... Ou peut-être, au dernier moment, exerceront-ils leur repentir actif et ne le commettront-ils pas, ce délit ? En l'espèce, bien que nous soyons dans le droit commun, sous l'autorité du procureur de la République et du juge judiciaire, voilà que le nouveau texte, destiné à prévenir le terrorisme, s'appliquera par prédiction. Car la « délinquance organisée » y est visée. Mais la prédiction n'est pas la répression du passage à l'acte. Il y a entre les deux phases du « cheminement criminel » une fraction de seconde de liberté qui constitue la mesure de toutes les libertés publiques.

En outre, la sophistication des techniques d'investigation constitue un risque réel pour tous les citoyens, même pour ceux n'ayant rien à se reprocher. Les *« IMSI catcher »* (des antennes de dérivation permettant d'intercepter les conversations téléphoniques), les « boîtes noires » ou algorithmes (des logiciels destinées à analyser le trafic de données sur Internet de manière indifférenciée) et les sondes permettront de capter, sans distinction, nos échanges, nos SMS et nos données dans un secteur géographique élargi. Imaginons de tels dispositifs installés Place Dauphine en face du Palais de justice... Voilà toutes les conversations des avocats, magistrats, justiciables et journalistes, écoutées à filets dérivants ! En autorisant la mise en œuvre de ces différents moyens techniques, le projet de loi légalise une ingérence inacceptable dans la vie privée.

Enfin, et ce n'est pas le moindre des arguments, ce projet de loi est inutile. Référons-nous à la résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 21 avril dernier : *« Les opérations de surveillance massive ne semblent pas avoir contribué à prévenir les attentats terroristes, contrairement à ce qu'affirmaient autrefois les hauts responsables des services de renseignement. Au contraire, des ressources qui pourraient servir à prévenir des attaques sont redirigées vers la surveillance massive, laissant des personnes potentiellement dangereuses libres d'agir ».*

La loi sur le renseignement n'invente rien contre les terroristes. Elle vise uniquement à légaliser les pratiques habituelles de nos services de renseignement. Rappelons que tous les terroristes ayant sévi en France au mois de janvier dernier étaient déjà identifiés par les services de sécurité. Non, les dispositifs prévus par cette nouvelle loi n'auraient pas permis d'empêcher les morts et les blessés !

C'est pour ces raisons que le Barreau de Paris a décidé de participer à la préparation du recours devant le Conseil constitutionnel, en déposant des écritures. Rappelons, qu'il s'agira d'une saisine du Président de la République lui-même, comme si un doute finissait par gagner tous les garants des libertés publiques de notre pays.

Or, le doute doit toujours profiter aux libertés.

Pierre-Olivier SUR
Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris
SCP Fischer, Tandeau de Marsac,
Sur & Associés
Paris, France
posur@ftms-a.com

[1] *Victor Marrero, United States New-York District Judge, John Doe, American civil liberties union and American civil liberties union foundation v. John Ashcroft, Robert Mueller and Marion Bowman, 28 septembre 2004.*

[2] *Supreme Court of the United States, Hamdan v. Rumsfeld, 29 juin 2006; Supreme Court of the United States, Lakhdar Boumedienne et al., Petitioners v. George W. Bush, President of the United States, et al., 12 juin 2008*

[3] Article 16 de la Constitution de 1958 : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels. […] »

[4] Qui insère notamment un nouvel article L.811-3 dans le code de la sécurité intérieure ».

[5] Nouvel article L.831-1, alinéa 2, du code de la sécurité intérieure, prévu par l'article 1er du projet de loi relatif au renseignement.





L'arrêt du 6 décembre 2013 du Tribunal fédéral suisse et le droit de l'Union européenne

Tribunal fédéral suisse, IIe Cour de droit public, 6 décembre 2103, X. contre Commission du Barreau du canton de Genève

Georges-Albert DAL & Anaïs GUILLERME

By its judgment dated December 6, 2013, the Swiss Federal Court dismissed the action for annulment lodged by a qualified lawyer in Switzerland against the decision refusing her admission to the Canton of Geneva's bar as a salaried lawyer of an American LLP company.

This judgment is the occasion to recall general principles, which apply to European lawyers established in EU Members States or in Switzerland.

Indeed, the judges put into perspective the application of EU principles, such as freedom of establishment, non-discrimination or right to competition, with the principle of independence of lawyers.

Les relations entre l'Union européenne et la Suisse se sont, certes, rafraichies depuis la votation du 9 février 2014 par laquelle le peuple suisse s'est prononcé en faveur d'une gestion et d'une limitation autonomes de l'immigration. Depuis lors, la Suisse souhaite renégocier l'accord de libre circulation des personnes conclu avec l'Union afin d'y intégrer certains quotas d'immigration ainsi que le principe de préférence nationale. Ces mesures apparaissent, toutefois, profondément incompatibles avec les principes de liberté d'établissement, de circulation et de non-discrimination qui gouvernent l'Union européenne.

Pour les avocats, une renégociation de cet accord pourrait signifier une remise en cause de l'application par la Suisse des directives « avocats » de l'Union. Actuellement, les avocats ressortissants des États membres de l'Union européenne et de Suisse peuvent profiter de conditions de circulation optimales, tant en termes de prestations de services[1] que d'établissement[2].

Pour l'heure, cela signifie, notamment, que les avocats ayant acquis leur titre dans les États membres de l'Union ou de l'AELE[3] peuvent s'installer dans un barreau d'un autre État membre ou suisse, sous leur titre d'origine, sous réserve du maintien de l'inscription dans leur barreau d'origine (liberté d'établissement).

Les avocats européens peuvent également offrir, à titre occasionnel, des prestations de services transfrontalières (libre prestation de services).

Malgré ce contexte, la Suisse continue aujourd'hui d'appliquer les directives avocats mais aussi, plus largement, les grands principes de droit européen dans le cadre de ses relations avec les États membres. L'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 6 décembre 2013 démontre, à notre sens, comment la Suisse s'est approprié ces principes de droit européen.

Rappelons brièvement le cas d'espèce : une citoyenne allemande qui possède un diplôme d'avocat suisse souhaite s'inscrire au barreau du canton de Genève.

Précision non négligeable, la requérante demandait son inscription en tant qu'employée d'une société prenant la forme d'une LLP [4] organisée selon le droit de l'État du Delaware aux États-Unis et appartenant à une structure mondiale. Cette société avait en effet ouvert un bureau à Genève.

Les associés de cette structure ne sont pas inscrits au barreau du canton de Genève ou en Suisse mais sont tous des avocats admis personnellement à exercer leur activité professionnelle dans les États où ils pratiquent, dont certains États membres de l'Union européenne.

Sur la base de ces éléments, la Commission du barreau du canton de Genève a refusé l'inscription de la requérante, estimant que son inscription au registre genevois des avocats ne satisfaisait pas à l'exigence d'indépendance. En effet, l'article 8 de la loi fédérale sur la libre-circulation des avocats (LLCA) dispose que les avocats salariés, pour pouvoir exercer en toute indépendance, ne peuvent être employés que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal.

A priori, le droit de l'Union ne s'appliquerait pas au cas d'espèce puisqu'il n'existe pas de problématique liée à la liberté de circulation pour la requérante. En effet, bien que

citoyenne allemande, celle-ci a obtenu son titre d'avocat en suisse et souhaite s'établir dans ce même pays. Il s'agirait, ici, d'une question suisso-suisse liée aux garanties d'indépendance exigées de la part des avocats salariés et, plus particulièrement, des employeurs de ces avocats.

Cette décision du Tribunal fédéral est toutefois l'occasion de rappeler les grands principes applicables aux avocats européens, qu'ils soient établis en Suisse ou dans les États membres de l'Union européenne. Ainsi, si la profession d'avocat est l'une des professions les plus intégrées d'Europe, il n'en demeure pas moins que la protection de l'indépendance de l'avocat peut justifier une restriction au principe de libre établissement (I) ou au droit de la concurrence (III). De même, l'application du principe d'égalité de traitement peut légitimement être encadrée (II).

L'indépendance de l'avocat peut justifier une restriction au principe de libre établissement

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), certaines restrictions au principe de libre-circulation dans l'Union peuvent être justifiées par l'intérêt général.

Ainsi, la Cour de justice de l'Union considère que *« l'absence de conflits d'intérêts est indispensable à l'exercice de la profession d'avocat et implique, notamment, que les avocats se trouvent dans une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics et des autres opérateurs dont il convient qu'ils ne subissent aucune influence »*[5].

A cet égard, les règles déontologiques relatives à l'indépendance des avocats, notamment salariés, peuvent différer selon les États. Comme l'a indiqué la Cour de justice de l'Union européenne, les règles professionnelles et déontologiques en vigueur dans les États membres, contrairement à celles portant sur les conditions préalables requises pour l'inscription, n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation[6].

Ainsi, la CJUE a considéré en 2010 que l'interdiction imposée par une loi italienne aux avocats inscrits en Italie d'être employés, même à temps partiel, par une entité publique[7] pouvait être considérée comme justifiée afin de préserver l'indépendance de l'avocat.

Dans le cadre de sa jurisprudence, la CJUE a toutefois précisé que des règles imposant une restriction au principe de libre établissement ou de libre prestation de services des avocats ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt général.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 6 décembre 2013 est l'occasion de mettre en pratique ces principes.

En Suisse, l'article 8 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats dispose que, pour être inscrit au registre cantonal, l'avocat doit notamment être en mesure de pratiquer en toute indépendance. En conséquence, l'avocat ne peut en principe être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal.

Le Tribunal fédéral considère cette condition préalable à l'établissement justifiée. Il souligne que l'avocat salarié exerce dans un cadre très particulier puisqu'il doit, conformément à ses obligations contractuelles, sauvegarder les intérêts de son employeur, ainsi que des clients de ce dernier. Ainsi, l'avocat salarié est, par définition, dans une relation de subordination avec son employeur.

C'est cette particularité qui justifie que la législation suisse exige de l'employeur d'un avocat que celui-ci soit lui-même inscrit dans un registre cantonal. En effet, l'employeur étant, de cette manière, soumis à la loi suisse et à la surveillance disciplinaire, il n'utilisera pas sa position hiérarchique pour influencer son collaborateur dans un sens contraire aux intérêts du client. Pour le Tribunal, c'est ainsi le statut de l'employeur de l'avocat salarié qui garantit l'indépendance de ce dernier.

Si la restriction au principe d'établissement peut donc être considérée justifiée, de telles règles ne doivent pas, conformément au principe de proportionnalité, aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de prévention des conflits d'intérêts.

En l'espèce, le Tribunal fédéral interprète assez largement l'article 8 de la LLCA en admettant que l'exigence d'indépendance puisse être satisfaite dès lors que l'avocat est employé par une organisation qui, bien que non inscrite à un registre cantonal, présente les mêmes garanties sous l'angle de l'indépendance qu'un engagement par un ou plusieurs avocats inscrits.

Dans le cas de l'avocate concernée, le Tribunal note que les associés de la LLP sont soumis aux règles professionnelles de leurs barreaux respectifs, qui comportent certaines différences avec la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, notamment concernant le principe d'indépendance. L'argument de la requérante selon lequel l'ensemble des associés de la LLP s'astreignent à respecter les règles professionnelles des différentes juridictions dans lesquelles la structure possède des locaux ne convainc pas les juges que l'engagement de la requérante par la LLP présente les mêmes garanties d'indépendance que si elle était employée par un ou plusieurs avocats inscrits dans un registre cantonal. En effet, le Tribunal souligne que les associés de la LLP ne sont pas strictement tenus d'observer l'ensemble des règles professionnelles applicables dans l'ensemble des lieux d'implantation de la structure et ne sont pas soumis à la surveillance disciplinaire d'une autorité cantonale suisse.

En outre, plusieurs solutions étaient ouvertes à la requérante et aux associés de la LLP pour organiser leurs relations de travail (inscription de la requérante en tant qu'avocate non salariée ou inscription d'au moins un associé de la structure au barreau de Genève) qui n'apparaissent pas de nature disproportionnée pour la juridiction suisse.

Le Tribunal fédéral valide donc le caractère justifié et proportionné de la décision de refus de son inscription au registre cantonal.

Il se prononce, ensuite, sur les arguments complémentaires de la requérante, relatifs à la violation des principes de non-discrimination et du droit de la concurrence et applique à nouveau, à cet égard, les principes de droit de l'Union.

2 Le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination ne s'applique qu'aux situations comparables

Conformément à la jurisprudence de la CJUE, *« l'interdiction de discrimination (…) n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui, faisant partie des principes fondamentaux du droit communautaire, doit être respecté par le législateur communautaire et qui exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée »*[8].

Ce principe a déjà été appliqué en ce qui concerne les avocats.

Ainsi, le Luxembourg a soulevé, concernant la directive 98/5/CEE, l'existence d'une différence de traitement entre les avocats nationaux et les avocats « migrants » exerçant au Luxembourg sous leur titre d'origine. Celui-ci dénonçait, notamment, une discrimination à rebours[9] via la suppression de toute obligation, dans le chef des avocats migrants, de formation préalable dans le droit de l'État membre d'accueil et la possibilité pour ces avocats migrants d'exercer dans le droit luxembourgeois.

Les juges avaient rejeté l'argumentaire de l'État luxembourgeois, soulignant que *« les situations, d'une part, de l'avocat migrant exerçant sous son titre professionnel d'origine et, d'autre part, de l'avocat exerçant sous le titre professionnel de l'État membre d'accueil ne sont pas comparables »*[10]. Ainsi, alors que l'avocat exerçant sous le titre luxembourgeois pouvait se livrer à toutes les activités ouvertes ou réservées par le Grand-Duché à la profession d'avocat, l'avocat migrant exerçant sous son titre d'origine pouvait se voir interdire certaines activités et, dans le domaine de la représentation et de la défense d'un client en justice, se voir imposer certaines obligations.

Dans l'affaire jugée par le Tribunal fédéral suisse, la requérante invoque une discrimination à rebours dès lors que les règles qui lui sont imposées en termes d'indépendance ne sont pas imposées aux avocats établis dans les États membres de l'Union européenne et qui interviendraient au sein du barreau suisse en tant que prestataires de services.

Le Tribunal fédéral balaie cet argument, considérant que la question de la discrimination à rebours doit uniquement être examinée à la lumière du droit interne. Or, du point de vue du droit suisse, cette discrimination trouverait une justification dans l'importance que revêt l'indépendance de l'avocat, qui est d'intérêt public[11] .

C'est plutôt, à notre sens, la question même de l'existence d'une discrimination qui devrait être examinée en l'espèce, puisque la requérante met en perspective deux situations sensiblement différentes, l'une relevant de la liberté d'établissement, l'autre de la libre prestation de services.

En effet, la requérante souhaitant s'établir en Suisse n'est pas dans une situation tout à fait comparable à celle d'avocats établis dans d'autres États membres, qui ne peuvent prester leurs services en Suisse que de manière occasionnelle et temporaire et qui ne sont pas intégrés à la vie du barreau (pas de droit vote aux élections ordinales). La réalité d'une discrimination, définie en tant que principe général du droit de l'Union, doit être questionnée.

La requérante soutient, enfin, que le principe d'égalité de traitement n'a pas été respecté dès lors que, avant elle, plusieurs avocats employés par des LLP américaines ont été inscrits au registre du canton de Genève. Le Tribunal fédéral estime que le changement de pratique récent des autorités suisses visant à se mettre en conformité avec les dispositions légales applicables est fondé sur des motifs sérieux et objectifs. Dès lors, une hiérarchie est établie entre le principe d'égalité de traitement et le principe de légalité, le premier devant céder le pas devant le second.

Ce raisonnement pourra trouver un soutien important auprès de la jurisprudence des juridictions de l'Union, selon laquelle *« le respect du principe d'égalité de traitement doit se concilier avec le respect du principe de légalité selon lequel nul ne peut invoquer, à son profit, une illégalité commise en faveur d'autrui[12] »*.

Naturellement, si ce « changement de pratique » de l'Ordre ne constitue en réalité qu'une décision isolée visant à mettre en difficulté une avocate ou son employeur, l'analyse serait différente.

Reste l'argument lié à la violation des règles applicables en matière de droit de la concurrence. Ici encore, aux fins de l'analyse, certains rapprochements peuvent être effectués avec le droit de l'Union.

3 La préservation de l'indépendance de l'avocat peut justifier une restriction au droit de la concurrence

Une décision de refus d'inscription d'un avocat au registre ou au tableau d'un Ordre des avocats peut être considérée comme portant atteinte au droit de la concurrence. Les avocats malheureux peuvent arguer d'une atteinte grave à leur liberté économique, ceux-ci étant considérés comme des entreprises au regard du droit de la concurrence[13].

Les Ordres d'avocats, auteurs de ces décisions litigieuses, peuvent dès lors se voir reprocher l'adoption d'un comportement

anticoncurrentiel, en tant qu'association d'entreprises.

En effet, conformément à une jurisprudence constante de la CJUE[14], les Ordres professionnels possèdent un double visage.

D'un côté, les Ordres peuvent intervenir dans le cadre de d'activités étrangères à la sphère économique, telles que l'inscription au Tableau ou l'organisation de la procédure disciplinaire. Leurs décisions échappent alors au champ d'application du droit de la concurrence, sauf si ces prérogatives sont détournées de leur mission première et à des fins anticoncurrentielles. Le Tribunal de l'Union européenne a déjà condamné en ce sens un Ordre professionnel pour violation du droit de la concurrence, considérant notamment que des décisions de refus d'inscription de certains de ses membres au Tableau participait d'une volonté d'entraver le développement de ces membres, en dehors du cadre légal applicable[15].

De l'autre, les Ordres peuvent intervenir sur un marché en tant qu'association d'entreprises, lorsque les règlementations qu'ils arrêtent leur sont exclusivement imputables et constituent l'expression de la volonté de représenter les membres d'une profession tendant à obtenir de ceux-ci qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leur activité économique. Dans cette seconde hypothèse, un comportement anticoncurrentiel peut éventuellement être reproché à un ordre professionnel, dans la mesure où celui-ci ne serait pas justifié par un objectif d'intérêt général, tel que la bonne administration de la justice.

À cet égard, la CJUE a considéré qu'une disposition d'un règlement intérieur d'un Ordre d'avocat qui interdit à ses membres la collaboration intégrée avec des experts-comptables n'entravait pas le droit de la concurrence dans la mesure où elle répond à des objectifs liés à la nécessité de concevoir des *« règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice »* et *« étant donné que celle-ci a pu être raisonnablement considérée comme nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans le pays concerné[16] »*.

Revenons alors à l'arrêt du Tribunal fédéral. La requérante estimait que la décision de la commission du barreau refusant de l'inscrire au registre cantonal violait les règles de droit de la concurrence[17], celle-ci étant désavantagée par rapport aux autres avocats inscrits et salariés de LLP américaines. Par ailleurs, une telle décision aurait pour effet d'affaiblir la place suisse dans le domaine de l'arbitrage international.

En l'espèce, un éventuel comportement anticoncurrentiel de la commission du barreau du canton de Genève est immédiatement écarté par le Tribunal fédéral. Se référant à l'article 8 de la LLCA, celui-ci souligne que la restriction à la liberté économique dispose d'une base légale et rappelle son raisonnement selon lequel la protection de l'indépendance de l'avocat salarié représente un intérêt public qui justifie le fait que seul un avocat engagé par un autre avocat lui-même inscrit au registre cantonal puisse figurer audit registre.

On en déduit donc que, aux yeux du Tribunal fédéral, la décision de refus de la Commission du barreau du canton de Genève relève d'une application de textes légaux et sert à réaliser l'objectif fixé par la loi. Celle-ci ne peut donc être analysée comme une décision d'association d'entreprise ayant un effet anticoncurrentiel au sens du droit de la concurrence.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral refuse de s'écarter des règles posées par le législateur et invite les acteurs du marché concerné à s'organiser en conformité avec la législation fédérale.

◆◆◆

Bien qu'émanant d'une juridiction d'un État tiers à l'Union européenne, la décision du Tribunal fédéral du 6 décembre 2013, constitue un exemple pratique riche d'enseignements concernant l'application des grands principes de droit de l'Union européenne à la profession d'avocat.

Georges-Albert DAL
Ancien Bâtonnier de Bruxelles
Ancien Président du CCBE
Dal & Veldekens
Bruxelles, Belgique
gad@dalvel.eu

Anaïs GUILLERME
Avocate aux Barreaux de Paris et Bruxelles
Dal & Veldekens
Bruxelles, Belgique
agu@dalvel.eu

[1] Directive 77/249/CEE visant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats.

[2] Directive 98/5/CEE visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise.

[3] Association européenne de libre échange.

[4] Limited Liability partnership.

[5] CJCE, 19 février 2002, Wouters, aff. C-309/99, points 100-102.

[6] CJUE, 2 décembre 2010, Edyta Joanna Jakubowska, aff. C-225/09, point 57.

[7] CJUE, aff. C-225/09, précitée, point 61.

[8] CJUE, 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, aff. C-280/93, § 67 ; CJUE, 15 avril 1997, Bakers of Nailsea, aff. C-27/95, § 17.

[9] On parle de discrimination à rebours lorsque le traitement réservé aux ressortissants d'un État membre de l'Union européenne est moins favorable que celui dont bénéficient ceux des autres États, en application des règles de l'Union européenne.

[10] CJUE, 7 novembre 2000, Grand-duché du Luxembourg / Parlement européen et Conseil de l'UE, C-168/98, §24-25.

[11] Point 5.2.3 de l'arrêt.

[12] Voir, notamment, Arrêt du 22 décembre 2005, Gorostiaga Atxalandabaso / Parlement, T-146/04, point 141.

[13] CJUE, 19 février 2002, Wouters, aff. C-309/99, §49.

[14] Voir, notamment, arrêt Wouters, précité.

[15] TUE, 10 décembre 2014, ONP et CCG / Commission européenne, aff. T-90/11.

[16] Arrêt Wouters, précité, §97 et 107.

[17] Les règles suisses relatives au droit de la concurrence étant comparables à la législation de l'Union dans ce domaine, ce dernier argument peut également être analysé au travers du prisme du droit de l'Union européenne et, notamment, de la jurisprudence relative aux ordres professionnels et au droit de la concurrence.



L'évolution de la profession d'avocat en Suisse à l'image du combat pour le maintien des droits fondamentaux (Les accords FATCA)

Pierre-Dominique SCHUPP

Si, a primera vista, la profesión del abogado se porta bien en Suiza, el hecho es que se encuentra frente, como en todas partes, a numerosos nuevos retos.

Con el fin de adaptarse, la Federación Suiza de Abogados propuso la elaboración de una nueva ley, centralizada, para los abogados. Entre las novedades que se prevén, encontramos especialmente el establecimiento, en paralelo a las oficinas de abogados, la posibilidad de crear firmas multidisciplinarias. Sin embargo, conviene destacar que la organización de este tipo de firma no sabría ir más allá que, por ejemplo, las firmas "Alternative Business Structure" de tipo anglosajón.

Sin embargo, numerosas son las nubes que se aproximan: algunos valores, fundamentales, de la profesión del abogado hacen el objeto de vivas críticas o se ven amenazadas. Pensamos aquí, en particular, al secreto profesional del abogado. Hace algunos años, las autoridades políticas examinaban la posibilidad de permitir a un acusado de desvincular a su abogado del secreto profesional. Afortunadamente esta medida no fue retenida en la legislación.

Más recientemente, y aún ahora, la firma de la Suiza, al igual que muchos países en el mundo, de los acuerdos FATCA con los Estados Unidos, tiene una consecuencia, posiblemente no considerada en ese momento, sobre lo que llamamos las "cuentas clientes-abogados". En efecto, los bancos suizos consideran que el titular económico de los fondos en tránsito en una cuenta cliente-abogado no es el abogado mismo pero su cliente. Desde luego que no es posible saber si tal cliente es una persona sometida a la legislación fiscal americana, los bancos consideran simplemente que ya no debería existir ese tipo de cuentas o sino tratar de limitar, de manera poco admisible, el alcance. Solo pocas operaciones, finalmente muy marginales, serian todavía posibles. En realidad, constatamos que los bancos desean que la identidad de todos los clientes de abogados sea divulgada para que los controles puedan será efectuados.

La Federación Suiza de Abogados no está de acuerdo con esta manera de proceder e intenta, por todas las maneras posibles, de oponerse a ella.

1 État des lieux

Quelques 9 500 avocats sont aujourd'hui inscrits à l'un des 24 tableaux cantonaux d'avocats. Ils attestent ainsi pratiquer la profession d'avocat de manière indépendante et sont soumis à la surveillance idoine. Il est à noter que les avocats en entreprise ne figurent pas dans ce nombre et ne sont donc pas inscrits. On sait également que quelques 1 500 avocats suisses pratiquent dans des cabinets regroupant plus de 50 avocats, la plus grande étude de Suisse comptant ainsi environ 250 associés et collaborateurs. Sur le plan économique, et selon une étude commandée en 2012 par la Fédération Suisse des Avocats (FSA), le revenu moyen net (avant impôts) d'un avocat est de l'ordre de CHF 150 000. À titre comparatif, il se situe ainsi au niveau, moyen aussi, de nombreux magistrats dans le pays.

Ces chiffres donnent sans aucun doute – comparés à ceux de nombreux pays – l'image d'une profession en pleine forme et dont les acteurs vivent bien même si, par essence, un chiffre moyen ne fait que de résumer les disparités, souvent importantes, entre jeunes et moins jeunes, entre ville et campagne, entre région économique forte et celles l'étant moins. C'est partiellement juste.

2 Les sociétés d'avocats

C'est uniquement depuis trois ans que la plus haute Cour du pays, le Tribunal fédéral, a avalisé la possibilité pour un cabinet d'avocat d'être organisé en la forme d'une personne morale.

Cette pratique est aujourd'hui uniquement fondée sur des décisions jurisprudentielles, puisqu'il n'existe aucun texte législatif la validant. Un projet de nouvelle loi suisse sur la profession d'avocat a été proposé par la Fédération Suisse des Avocats. On y formule de manière explicite la possibilité pour les avocats d'être organisés sous la forme d'une société et le projet va jusqu'à admettre que 25% des droits de vote et un tiers du capital pourraient être détenus par des non-avocats, à la condition que ceux-ci exercent au sein de l'étude une activité professionnelle contribuant au but social effectivement poursuivi par la société.

Ce texte fait actuellement l'objet d'un long processus législatif et il est difficile d'affirmer qu'il figurera tel quel dans la loi. Toujours est-il que cette vision de la FSA suscite beaucoup de critiques.

En effet, il est parfois considéré qu'en suivant ces propositions on introduirait en Suisse une forme de *« Alternative Business Structure »* alors que, en réalité, on se trouve plutôt dans le modèle de la pratique multidisciplinaire réglementée de manière étroite. On ne peut affirmer qu'il n'en saurait être question : en effet, le but de la réforme est simplement de permettre au cabinet suisse d'offrir une palette de services d'avocats aussi large que possible et de pouvoir intéresser certains spécialistes auxquels il est souvent nécessaire de recourir.

Pour la Fédération Suisse des Avocats, il importe de donner aux avocats des structures modernes leur permettant de s'affirmer dans un monde toujours plus concurrentiel tout en, à tout prix, garantissant les valeurs fondamentales de la profession. La Fédération s'oppose en revanche à ce que, par exemple, les juristes d'entreprise puissent bénéficier du même statut que celui des avocats considérant que le principe cardinal de l'indépendance ne permet pas de les considérer comme des avocats au même titre que le autres.

3 Les attaques à l'encontre des valeurs fondamentales de la profession, en particulier, le secret professionnel – Le problème FATCA

L'arrivée de certains prestataires de services juridiques aux méthodes, parfois, douteuses a aussi pour conséquence que certains avocats, pensant bien faire, succombent à la tentation d'utiliser les mêmes méthodes. Encore récemment, le Tribunal fédéral a rappelé à l'ordre un cabinet d'avocats qui avait tenté d'apparaître sur un panneau publicitaire de plus de trois mètres de haut et de large et qui clignotait durant la nuit ou encore l'avocat dont le nom défilait sur l'horloge centrale d'une patinoire lors d'une rencontre du championnat suisse de hockey sur glace. Ces phénomènes, qui peuvent parfois prêter à sourire, montrent toutefois que les avocats ne sont pas toujours conscients de leurs responsabilités et surtout de l'importance qu'il peut y avoir à respecter les règles auxquelles ils sont soumis à défaut de quoi l'ensemble de la profession pourrait ne plus pouvoir s'en prévaloir.

Ainsi, la profession est régulièrement confrontée à des attaques, toujours plus incessantes, notamment à l'encontre du secret professionnel.

Ainsi, il y a quelques années, lors des discussions qui ont conduit à la mise sur pied d'un Code de procédure pénal unifié pour toute la Suisse – le pays en comptait 26 par le passé – des propositions émanant du gouvernement ont tendu à une restriction du secret professionnel de l'avocat. En effet, celui-ci est, en Suisse depuis toujours, absolu. Cela signifie que même s'il est relevé du secret par son client, l'avocat reste maître du secret et décide seul s'il entend donner suite à une demande émanant d'une autorité. Il était ainsi suggéré que, dans le domaine pénal, le client pourrait relever son avocat du secret professionnel, l'avocat étant alors contraint de faire une déposition. La FSA s'est beaucoup engagée pour combattre ce qu'elle considérait comme une attaque inadmissible à l'encontre du secret professionnel.

Plus récemment un nouveau problème agite la Suisse : en effet, et comme une cinquantaine de pays dans le monde, la Suisse a signé, avec les Etats-Unis, l'accord dit FATCA. Cet accord prévoit, de manière très simplifiée, que les établissements bancaires suisses doivent fournir, soit directement (FATCA II) soit au travers d'une autorité centralisée du pays concerné (FATCA I), des informations bancaires aux autorités fiscales américaines concernant des personnes qui sont assujetties à l'impôt aux Etats-Unis. Ceci ne pose, en soit, pas de problème.

En revanche, les services juridiques de plusieurs banques suisses ont considéré que l'accord FATCA était incompatible avec les comptes clients avocats tels qu'ils sont pratiqués en Suisse : en effet, et comme cela est le cas dans le monde entier, les avocats suisses ont l'obligation de garder les fonds éventuels de leurs clients sur des comptes séparés de leurs propres comptes. Sur le plan pratique, cela est organisé, en Suisse, de la manière suivante : l'avocat ouvre un compte, à son nom, dans une banque, dit compte étant spécifiquement identifié comme étant un « compte client ». L'avocat signe alors une déclaration « R » au terme de laquelle il déclare que les fonds qui peuvent transiter sur ces comptes sont des fonds appartenant à ses clients dans le cadre de l'activité, typique, de l'avocat. Ce faisant, l'avocat n'est en principe pas contraint de dévoiler l'identité du titulaire des fonds. Ceci va de soit puisque cette information est couverte par le secret professionnel.

On sait, par exemple, que des systèmes analogues existent dans le monde entier. En France, par exemple, les opérations avec des fonds clients sont effectuées au travers des comptes CARPA. En réalité, la problématique est identique puisque l'ayant droit économique des fonds n'est pas, évidemment, le titulaire du compte mais bien le client.

Quelques juristes bien intentionnés ont considérées que l'existence de comptes clients-avocats formulaire R en Suisse n'étaient pas compatibles avec FATCA dans la mesure où l'ayant droit économique des fonds n'est pas l'avocat et que le banquier n'était donc pas en mesure de déterminer si cette personne était ou non assujettie à l'obligation de transmission des informations au fisc américain. Dans la mesure où les banques considèrent qu'il ne leur est pas possible de procéder aux vérifications nécessaires, que l'avocat ne peut pas non plus les effectuer ne connaissant pas toujours, dans les moindres détails, la situation personnelle de chacune des personnes transférant des fonds au travers de ces comptes, les banquiers, au travers de l'Association Suisse des Banquiers et avec le soutien d'un groupe de travail mis en place par l'Administration fédérale devant interpréter les accords FATCA a décidé de supprimer et de remplacer le formulaire R dans son acception ancienne. Le nouveau formulaire R ne permet plus aux avocats que de procéder à des opérations sur des comptes clients avocats qui sont la conséquence de décisions ou d'ordonnances émanant de tribunaux ou dans le cadre de ventes de meubles ou d'immeubles. Il existe encore quelques autres possibilités, marginales, qu'il n'est pas nécessaire d'évoquer ici.

La remise en question du fonctionnement des comptes clients est inacceptable : d'une part, elle empêche les avocats de procéder à toute sorte et nombreuses opérations, quotidiennes, qu'ils effectuent dans le cadre de leurs activités usuelles. En effet, il est fréquent que l'on ait recours aux comptes clients d'un avocat pour, par exemple, garantir la bonne exécution d'une transaction. Il peut également arriver qu'une partie ne souhaite pas forcément que l'autre connaisse l'origine, bien que licite, des fonds qui lui sont adressés.

D'autre part, et surtout, la limitation importante de la possibilité d'utiliser des comptes clients avocats en Suisse est de nature à mettre en péril le secret professionnel puisque les banques exigent désormais, dans de nombreux cas, que les avocats dévoilent l'identité de leurs clients ou, à défaut, que des comptes spécifiques soient ouverts à leur nom. Outre le fait que cette mesure peut être difficilement mise en œuvre, elle n'est pas acceptable.

La question des comptes FATCA a été évoquée, par la FSA, au sein de nombreuses organisations internationales. Il est également établi que les avocats américains connaissent, comme les avocats suisses, des comptes clients avocats et que les identités de leurs clients n'ont pas à être révélées aux autorités fiscales. Les autorités allemandes ont obtenu une exception dans le cadre de la négociation des accords FATCA qu'ils ont mené avec les autorités américaines. Le Ministère des Finances autrichien a émis une directive informant la Fédération des avocats autrichiens que les comptes clients avocats ne tombaient pas dans le champ d'application de FATCA. Enfin, une réglementation similaire existe au Liechtenstein. Le paradoxe est qu'aujourd'hui les avocats suisses ont la possibilité, pour ne pas dire sont contraints, de délocaliser leurs comptes clients dans un pays étranger comme le Liechtenstein pour pouvoir continuer à effectuer leurs opérations usuelles.

Cette situation, extrêmement critique, a conduit la FSA à mener de très nombreuses démarches que ce soit auprès des banquiers suisses qu'auprès de l'Administration fédérale. Le CCBE est également intervenu et s'est adressé au Département de Justice américain ainsi qu'à la Ministre des Finances suisse. Ces interventions ont, provisoirement, portés leurs fruits puisque des négociations sont actuellement en cours entre le gouvernement suisse et le gouvernement américain sur cette question. La FSA a bon espoir que ces négociations aboutissent rapidement. Il y a en effet urgence dans la mesure où des délais ont été fixés aux pays signataires de FATCA. La FSA a obtenu, très récemment, que ce délai soit prolongé d'une année jusqu'au 30 juin 2016 mais uniquement pour les comptes dont le solde était inférieur à USD 1 million au 30 juin 2014. Il a été possible d'éviter des mesures que certaines institutions bancaires s'apprêtaient à prendre ce dans l'attente des résultats des négociations avec les autorités américaines. En effet, plusieurs établissements menaçaient de, tout simplement, clôturer les comptes clients avocats, voire même de les bloquer !

Une fois de plus, les nombreuses discussions auxquelles la FSA a participé, ont montré qu'il est très difficile de faire comprendre à des Autorités, qui ne connaissent pas le fonctionnement d'un cabinet d'avocat, la réalité du terrain. Dans ce sens, la FSA a dû fournir un travail de mise en perspective extrêmement important pour obtenir que des négociations puissent être envisagées. Mais, même après tous ces efforts, on constate qu'il subsiste toujours et encore des incompréhensions fondées, souvent, par des préjugés particulièrement peu amènes à l'égard de la profession d'avocat.

Les leçons, fondamentales, que l'on peut retenir de ces démarches sont que, si les avocats souhaitent que leurs valeurs soient respectées, ils doivent, encore et toujours travailler et expliquer pour que le public, quand ce ne sont pas les Autorités, comprenne la nécessité de ces droits fondamentaux.

Pierre-Dominique SCHUPP

Avocat
Président de la Fédération Suisse des Avocats (FSA)
Rusconi & Associés Lausanne
Lausanne, Suisse
pd.schupp@rusconi-avocats.ch



Magna Carta – The Bill of Rights It Ain't but…

Geoffrey W. RICHARDS

1 Introduction

The 800th anniversary of Magna Carta is being celebrated in various ways in the UK and elsewhere this year. Magna Carta is held in high esteem by people in both the UK and USA; perhaps not least by those who have scarcely read it. It was colourfully described by the great English Judge of the last century, Lord Denning, as *"the greatest constitutional document of all times – the foundation of the freedom of the individual against the arbitrary authority of the despot."* Another distinguished and more recent English Judge, Lord Bingham, also thought it was *"the most single important legal document in history … the anchor for the rule of law."*

The view that Magna Carta represented a major step in the shaping of the English constitution remained a widely held view until the early 20th century.

Those words may be slightly exaggerated or reflect national pride, but the fact that English law (seen historically as a case law based system) has been in a state of continuous evolution for centuries may explain why Magna Carta – one early but very important step in a long process – has come to have such significance.

The task is to describe its impact, not only in the UK where I practise as a solicitor, but also in civil law countries, whereof I know less than I should. So, in that respect, another UIA member, Stéphane Bonifassi, has contributed some paragraphs which deal with Magna Carta's influence in France.

2 The Story of Magna Carta

The reign of King John (1199 to 1216) was marked by disagreement with both the barons and the Church. John was excommunicated by the Pope in 1209, and in 1213 a party of rebel barons met Archbishop Langton and the Papal Legate to air their grievances against the King. The dispute escalated and, in May 1215, the barons renounced their oath of allegiance to the King, and London was captured. The King had no alternative but to negotiate with the barons, whose demands had been recorded in the Articles of the Barons. The upshot of the negotiations was the Charter of Liberties or Magna Carta, agreed by the King at Runnymede (near Windsor) on 15 June 1215. Four days later, the barons renewed their allegiance to the King. Of the copies of Magna Carta made for distribution around the kingdom, four survived – in Lincoln, Salisbury and London (two). All four copies were brought together in the British Library in February this year.[1]

Peace did not last long. Shortly before civil war began in September 1215, the Pope described Magna Carta as "illegal, unjust, harmful to royal rights and shameful to the English people" and declared the Charter as null and void in perpetuity.

King John died in October 1216 and new versions of Magna Carta were issued in 1216, 1217 and 1225. The 1225 version was enrolled on the statute book in 1297 by King Edward I, at which point it was written in Medieval French, rather than Latin.[2]

3 What did Magna Carta say?

At one level Magna Carta repeated a number of the barons' grievances, many of which were the result of his attempts at fundraising for a disastrous war in France. Magna Carta was essentially a political settlement, but one which appeared to place the King under certain restraints. It was in effect a form of contract between John and the barons and, while the enforcement mechanism in clause 61 was imperfect, it was the subjection of the King to law which was so new. Furthermore, while the negotiations had been with the barons, the Charter (after the initial paragraph confirming the freedom of the English Church) continues:

"TO ALL FREE MEN OF OUR KINGDOM we have also granted, for us and our heirs forever, all the liberties written out below, to have and to keep for them and their heirs, of us and our heirs:"

So the liberties were not confined to the barons, and the settlement was seemingly intended to be permanent.

Magna Carta contained two specific provisions – still part of English law today – which perhaps resonate now with even greater force than they did in the 13th century:

"(39) *No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land."*

"(40) *To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice."*

It is those paragraphs – statements of crucial general principle – which we see as so important.

Of course, some of the original provisions now look odd, or even unattractive, for example:

"(10) *If anyone who has borrowed a sum of money from Jews dies before the debt has been repaid, his heir shall pay no interest on the debt for so long as he remains under age, irrespective of whom he holds his lands. If such a debt falls into the hands of the Crown, it will take nothing except the principal sum specified in the bond."*

Others were more practical, such as:

"(35) *There shall be standard measures of wine, ale, and corn (the London quarter), throughout the kingdom. There shall also be a standard width of dyed cloth, russet, and haberject*[3]*, namely two ells*[4] *within the selvedges.*[5] *Weights are to be standardised similarly."*

"(45) *We will appoint as justices, constables, sheriffs, or other officials, only men that know the law of the realm and are minded to keep it well."*

And others seeming (in a world of Geneva Conventions and the TTIP talks) rather modern:

"(41) *All merchants may enter or leave England unharmed and without fear, and may stay or travel within it, by land or water, for purposes of trade, free from all illegal exactions, in accordance with ancient and lawful customs. This, however, does not apply in time of war to merchants from a country that is at war with us. Any such merchants found in our country at the outbreak of war shall be detained without injury to their persons or property, …"*

Although with a slight sting in the tail:
"Until we or our Chief Justice have discovered how our own merchants are being treated in the country at war with us. If our own merchants are safe they shall be safe too."[6]

But, let us be clear, Magna Carta did not say in terms that there should be freedom of speech, assembly and religion; it did not deal expressly with search warrants; it did not provide in detail for the way in which trials would be conducted, and it certainly did not grant a right to retain counsel. Hence the title of this article.

In fact while Magna Carta represented an agreement between the King and the barons, with the bishops playing a part, the fundamental point was that the King's powers were not absolute. The King too was, at least in some senses, subject to the law. In fact, it took more than 450 years for a more modern political settlement to be reached – in the "Glorious Revolution" of 1688/89 – and much longer (indeed until the twentieth century) for the UK to become a proper modern democracy with universal suffrage.[7] And, even now, while many countries may be said to live under the rule of law, proper access to justice for all remains a major issue in the UK and elsewhere. As one English nineteenth century judge remarked *"in England justice is open to all, like the Ritz Hotel."*

4 Magna Carta in later periods

It is clear that Magna Carta was used in argument in cases during the Middle Ages, and (while the precise terms varied and some clauses were omitted) Magna Carta was reaffirmed in Parliament, and by the monarch, many times. Even though monarchs began to re-assert their powers, it seems Magna Carta remained a protector of property rights. A revival of interest in history in the 16th century gave rise to a view (indeed the myth) that Magna Carta recorded a set of English laws and customs which had been lost as a consequence of the Norman invasion.

Magna Carta achieved greater political and legal significance in the first half of the 17th century, being seen by at least some of those in opposition to King Charles I as part of the basis or justification for the Petition of Right (1628). [That is a document which really did influence the US Bill of Rights, as no doubt did the Bill of Rights (1688).]

The view that Magna Carta represented a major step in the shaping of the English constitution remained a widely held view until the early 20th century. But then the question was asked again: Were the barons representing all the people of England, or merely themselves? A number of writers argued that Magna Carta was about the protection of the barons' rights; not about the protection of liberty in general. As Sellar and Yeatman wrote in their comic English history, 1066 and All That:

"*Magna Carta was therefore the chief cause of Democracy in England and thus a Good Thing for everyone (except the Common People)*".

But, while its reputation may have waxed or waned over the centuries, Magna Carta continues to be invoked in modern times; for example, when Occupy London – a protest group not unconnected with Occupy Wall Street – created a protest camp around St Paul's Cathedral in 2011 and the City of London Corporation sought (and obtained) an order for possession of the highway and injunctions to require the removal of tents, etc. However, the Court of Appeal swiftly rejected the notion that the judgment of the High Court would not apply to one of the appellants because (i) he was "a Magna Carta heir", or (ii) his Magna Carta rights had been infringed In the words of the Master of the Rolls (Lord Neuberger):

"(30) *First, he challenged the judgment on the ground that it did not apply to him, as a "Magna Carta heir". But that is a concept unknown to the law. He also says that his "Magna Carta rights" would be breached by execution of the orders. But only chapters*

1, 9 and 29 of Magna Carta (1297 version) survive. Chapter 29, with its requirement that the state proceeds according to the law, and its prohibition on the selling or delaying of justice, is seen by many as the historical foundation for the rule of law in England, but it has no bearing on the arguments in this case. Somewhat ironically, the other two chapters concern the rights of the Church and the City of London, and cannot help the defendants. Mr Randle-Jolliffe also invokes "constitutional and superior law issues" which, he alleges, prevail over statutory, common law, and human rights law. Again that is simply wrong - at least in a court of law."[8]

Indeed as I write this article, it is reported that the Law Society of England & Wales and the Bar Council have written a pre-action letter[9] to the Lord Chancellor to say that the new, higher fees planned for civil, family and commercial courts are tantamount to selling justice – a breach of clause 40 of Magna Carta (1215) – *"to no one will we sell, to no one deny or delay right or justice"*.

5 Magna Carta and its influence in France[10]

Although first written in Latin, Magna Carta was fairly quickly afterwards registered in medieval French. And it is a commonly shared legend in France that it was drafted in Pontigny, an abbey in Burgundy. And some French academics will argue that it is deeply rooted in French medieval law. And it is true that France and England were not clearly divided then; an important part of French territory was under English rule.

But the truth is that this crucial document, which limits the powers of the King and which is as such considered by some as the first constitutional document, had little influence on France. On the contrary, the history of France is that of the unrelenting efforts of the French Kings (once they got rid of the English) to strengthen their powers and to build a state having an absolute monarch at its head. And the French kings succeeded in doing so. Their powers were supreme and could not be limited. And they did not need a parliament to decide taxes (whereas clause 12 of Magna Carta is seen in France as the first step in the direction of a budget voted by a parliament). In theory at least the King's powers were absolute, although in real life things were necessarily different and even the Kings had to abide by the fundamental laws of the kingdom (devolution rules precluding women from the crown for example). Still, absolutism is clearly a strong distinction between the French and the English monarchy and these diverging paths began with Magna Carta.

And this is why during the Enlightenment, French philosophers such as Montesquieu and Voltaire, who both lived in England for a while, became strong advocates of the English Constitution. And interestingly, the description made by Montesquieu of the English Constitution in "the Spirit of the Laws" and his advocacy of the separation of powers that the English Constitution had achieved had some influence on the Founding Fathers. And as we all know, the American Revolution and the Declaration of Independence had a strong influence on the French Revolution and its Declaration of the Rights of Man and of the Citizen. Thus, it can be said that Magna Carta was the seed that ineluctably led to the French Revolution!

Today, Magna Carta is clearly seen in France as the first document on the road of other crucial ones amongst which the Bill of Rights, the Declaration of Independence, the Declaration of the Rights of Man, the United States Bill of Rights, the United Nations Universal Declaration of Human Rights. It is always mentioned, commented and often reproduced in the various fundamental rights legal publications and books. Although, it probably had little influence in France when it was drafted, its legacy is important and it is considered as such in France today.

6 Conclusion

Whether one takes the view that Magna Carta is the true foundation of English liberties, that it is merely a powerful symbol or that it is an important early political and legal statement which eventually finds fuller and more powerful expression in, say, the US Constitution and Bill of Rights, it is surely proper we celebrate this anniversary in 2015. Mere symbol or something much more significant, Magna Carta is a part of the heritage which makes up what is Western civilisation, and it also represents a significant step in the history of the Common Law.

Geoffrey W. RICHARDS
Farrer & Co.
London, United Kingdom
geoffrey.richards@farrer.co.uk

This article was first published in issue n° 294 (June 2015) of the New Jersey Lawyer Magazine http://www.njsba.com/resources/new-jersey-lawyer-magazine/index.html and reprinted with the permission of the editor.

[1] The clause or paragraph numbers used in section 3 below were not contained in the original Charter, but have been used widely since the nineteenth century.

[2] Charters between rulers and the ruled may have been relatively common in medieval Europe; see e.g. The English and their History by Robert Tombs.

[3] A cloth of mixed colour.

[4] Probably about 45 inches (or 1.14 metres) although the word (via German) derives from the Latin (ulna); the English measure of a cubit (from elbow to the tip of the middle finger) was about 18 inches (457 mm).

[5] The edge of woven fabric.

[6] The following clause (42) similarly expresses a right of free movement for all men.

[7] The vote was extended to all women in 1928.

[8] [2012]EWCA Civ160.

[9] A preliminary step in judicial review proceedings.

[10] By Stéphane Bonifassi.



Le secret professionnel de l'avocat et le devoir de l'avocat de se dévouer à la cause de son client, consacrés principes de justice fondamentale

Francis GERVAIS

Dans la foulée des législations mises en place par différents pays pour combattre le terrorisme et le blanchiment d'argent, le Canada a adopté la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes[1], et le Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes[2].

Ces législations ont fait l'objet de plusieurs décisions judiciaires et de commentaires juridiques. En 2010, il semblait y avoir au Canada une accalmie dans les recours judiciaires et même une certaine réconciliation entre la législation proposée par l'État et celle adoptée par les ordres professionnels concernant ces mêmes sujets[3].

Suite à des changements de philosophie politique, les débats ont repris et ont été de nouveau soumis aux tribunaux. La Cour suprême de la Colombie-Britannique[4] déterminait que la législation contrevenait au secret professionnel de l'avocat et déclarait les dispositions contestées inopérantes à l'égard des avocats.

Le gouvernement canadien a saisi la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a confirmé que les dispositions étaient inopérantes, mais pour des motifs différents[5]. Nous avons commenté cette décision[6] en signalant que la Cour avait considéré que ce n'était pas tant le secret professionnel de l'avocat qui était bafoué par la législation, mais plutôt l'indépendance du Barreau que la Cour considérait comme un principe de justice fondamentale.

La Cour suprême du Canada a ensuite autorisé le pourvoi[7] et a récemment rendu sa décision[8]. La Cour reconnait comme principes de justice fondamentale, tant la protection du secret professionnel de l'avocat, que l'obligation de l'avocat de se dévouer entièrement à la cause de son client (dévouement zélé).

La législation contestée

La Cour suprême du Canada reconnait l'importance de combattre les crimes graves que sont le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, visés par les textes législatifs sous étude. Elle souligne que l'objet de la législation est de détecter et de décourager ces crimes en plus de faciliter les enquêtes et les poursuites relatives à ceux-ci.

La Cour énumère les moyens prévus pour accomplir les objectifs de la législation :

1. Fixer des normes de tenue des documents et d'identification des clients;
2. Soumettre les intermédiaires financiers à des obligations de déclaration;
3. Constituer un organisme chargé de contrôler le respect de la loi, en l'occurrence le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE).

Les avocats et les notaires du Canada, visés par ces dispositions, ont entrepris un recours en "inopposabilité" des moyens 1 & 2 qui mettaient en péril leur obligation de maintenir la confidentialité des informations de leurs clients et créaient une situation de conflit d'intérêt en leur imposant des obligations de divulgation à l'État des affaires de leurs clients.

La Cour suprême, en autorisant le pourvoi, a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Les dispositions portent-elles atteintes au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanties par l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés ?*
2. En ce qui concerne l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, les dispositions limitent-elles le droit à la liberté des avocats et/ou des clients ?
3. Ces restrictions sont-elles conformes aux principes de justice fondamentale en ce qui concerne :
   - le secret professionnel de l'avocat, et
   - l'indépendance du Barreau
4. Peut-on justifier en vertu de l'article 1 de la Charte, les restrictions aux droits reconnus par les articles 7 ou 8[9] de la Charte *canadienne des droits et libertés ?*

La Cour suprême rappelle que les tribunaux de la Colombie-Britannique avaient déterminé que les dispositions contestées contrevenaient à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* sans se prononcer quant à leur contravention à l'article 8 de la Charte.

Le juge Cromwell, écrivant pour la majorité, considère qu'il faut plutôt d'abord analyser la possibilité de contravention à l'article 8 de la Charte et que, si la Cour en venait à la conclusion qu'il y avait contravention à l'article 8, il y aurait de ce fait contravention à l'article 7 en ce qui concerne le secret professionnel.

La Cour résume ainsi sa décision :
[1] Les avocats doivent garder secrètes les confidences de leurs clients et se dévouer au service et à la défense de leurs intérêts légitimes. Ces deux obligations sont essentielles à la bonne administration de la justice. Toutefois, certaines dispositions de la législation canadienne visant à lutter contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes sont incompatibles avec ces

obligations. Elles obligent les avocats, sous peine d'emprisonnement, à recueillir et à conserver des renseignements qui ne sont pas nécessaires à la représentation éthique de leur client et qui ne protègent pas suffisamment ses confidences visées par le secret professionnel. Je souscris à l'opinion des tribunaux de la Colombie-Britannique que ces dispositions sont de ce fait inconstitutionnelles. Elles limitent de façon injustifiable le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art.8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi que le droit, reconnu à l'art. 7 de la *Charte*, de ne pas être privé de sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. (notre emphase)

Y a-t-il contravention à l'article 8 de la Charte ?

La Cour conclut que oui, en se fondant sur les principes émis dans l'affaire *Lavallée*[10]:

- Le secret professionnel de l'avocat " doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence".
- L'absence de disposition exigeant qu'un avis soit donné au titulaire du privilège, fait en sorte qu'il devient possible que le client ne puisse savoir que son droit au privilège soit menacé.
- Le fardeau de protéger le privilège est déplacé à tort de l'État à l'avocat.
- Dans le cas où il n'est pas possible d'aviser le détenteur du privilège, il devrait y avoir au minimum une intervention légale indépendante sous forme d'avis et/ou de participation du barreau compétent.
- L'obligation faite à l'avocat d'identifier son client pour pouvoir revendiquer le privilège pose problème vu la possibilité que le nom du client soit protégé par le secret professionnel.
- En l'absence de contestation par le client ou l'avocat, le fonctionnaire peut se voir remettre les documents sans qu'il n'y ait aucun filtre judiciaire examinant la nature des documents.
- La législation nie au juge un pouvoir discrétionnaire d'apprécier de son propre chef les documents examinés.
- Le système ne prévoit pas d'autorisation judiciaire préalable à l'exécution de la fouille.

Y a-t-il contravention à l'article 7 de la Charte ?

La Cour conclut qu'à sa face même les dispositions contestées mettent en jeu le droit à la liberté de l'avocat.

La Cour rappelle que les dispositions contrevenaient à l'article 8 de la Charte, de telle sorte que la même conclusion doit s'appliquer également pour l'application de l'article 7 quant à la contravention au secret professionnel (par. 73).

La Cour devait ensuite déterminer s'il y avait atteinte au principe de l'indépendance du Barreau et si, à l'instar de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, l'indépendance du barreau constitue un principe de justice fondamentale.

La Cour procède à déterminer ce qu'englobe la notion d'indépendance du Barreau. Elle y voit deux possibilités ; une interprétation large ayant comme conséquence que les avocats seraient à l'abri de toute ingérence extérieure, notamment de la part des pouvoirs publics ; une interprétation restrictive, signifiant que l'État ne peut imposer aux avocats des obligations qui nuisent à l'accomplissement de leur devoir de se dévouer au service des intérêts légitimes de leurs clients. La Cour retiendra l'interprétation restrictive ; du même coup, la Cour rejette la position de la Cour d'appel qui avait favorisé l'interprétation large.

La Cour rappelle que l'obligation fiduciaire des avocats, que l'on appelle également le devoir de loyauté, vise à éviter aux clients deux risques de préjudice :

- Le risque d'utilisation à mauvais escient des renseignements confidentiels ;
- Le risque d'entrave à la représentation du client par l'avocat.

La Cour ayant reconnu que le devoir de confidentialité revêtait une dimension constitutionnelle, elle devait, dès lors, déterminer si le devoir de l'avocat de se dévouer à la cause de son client bénéficie également d'une protection constitutionnelle contre l'ingérence de l'État.

Le juge Cromwell conclut :

[84] À mon avis, nous devrions reconnaître comme principe de justice fondamentale l'impossibilité pour l'État d'imposer aux avocats des obligations qui minent leur devoir de se dévouer à la cause de leurs clients. Il s'ensuit que, sous réserve d'une justification établie, l'État ne peut priver quelqu'un de la vie, de la liberté ou de la sécurité de sa personne qu'en conformité avec ce principe.

La Cour suprême a aussi rappelé qu'un principe de justice fondamentale se reconnait à l'existence de trois caractéristiques :

1. Il s'agit d'un principe juridique ;
2. À l'égard duquel existe un consensus substantiel dans la société sur le fait que ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice ;
3. Le principe doit être suffisamment précis pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

La Cour reconnaît d'emblée que le devoir de dévouement de l'avocat constitue un principe juridique et qu'il est suffisamment précis (critères 1 & 3).

Quant au 2e critère, la Cour a rappelé que ce devoir était dû non seulement au client mais qu'il est un des éléments primordiaux de l'administration de la justice et qu'étant essentiel non seulement au client mais à l'intégrité de l'administration de la justice, il est primordial de préserver la confiance du public dans cette intégrité et d'accorder à ce devoir, une protection de nature constitutionnelle et que la preuve a été faite de l'application de ce critère (par. 96 & 97).

La Cour conclut que l'application de la législation contestée ferait en sorte qu'il serait raisonnable de croire que les avocats agiraient, du moins en partie, pour le compte de l'État, lorsqu'ils recueillent et conservent les renseignements demandés alors que des renseignements confidentiels pourraient

fort bien être communiqués à l'État sans le consentement du client. (par.109). La Cour déclare les dispositions inopérantes quant aux avocats, en mentionnant que, sinon, il s'agirait d'une érosion inacceptable de la confiance en la capacité de l'avocat de représenter ses clients avec dévouement.

Les juges minoritaires

Le banc était formé de sept (7) juges. Cinq d'entre eux ont participé à la décision majoritaire. Les juges minoritaires ont exprimé leur désaccord quant à la possibilité d'accorder une protection constitutionnelle au devoir de dévouement de l'avocat à la cause de son client.

Toutefois, ils sont d'accord quant à la valeur constitutionnelle de la protection qui doit être accordée au secret professionnel en ajoutant qu'ils auraient été satisfaits de conclure à une contravention à l'article 7 de la Charte sur la seule base du principe de justice fondamentale du secret professionnel de l'avocat reconnu comme une norme constitutionnelle, sans avoir à se prononcer si le devoir de dévouement de l'avocat constitue un principe de justice fondamentale ou non. (par.120)

Est-ce la fin de la saga ?

Certains pourraient être tentés de soutenir que la protection constitutionnelle accordée aux principes de justice fondamentale, que sont les devoirs de confidentialité et de dévouement de l'avocat, n'a été reconnue que lorsqu'il y a tentative de l'État de s'immiscer dans la relation professionnelle entre l'avocat et son client et que la question n'est pas résolue dans les situations où l'État n'est pas impliqué.

Nous ne le croyons pas, parce que l'historique judiciaire de l'évolution de la notion de secret professionnel ainsi que sa protection par les tribunaux en lui accordant une protection constitutionnelle, démontrent que les tribunaux ont toujours favorisé l'application du secret professionnel rappelant que c'est un privilège qui, sans être absolu, doit être aussi absolu que possible pour maintenir la confiance du client et du public et que, lorsque les tribunaux ont permis des exceptions au principe, ces exceptions ont toujours été limitées au strict minimum de dévoilement de ce qui pouvait être nécessaire selon les circonstances.

Le Bâtonnier Francis GERVAIS
Ad.E., Adm.A.
Secrétaire général du Sénat International des Barreaux
Président du comité national du Canada de l'UIA
Deveau Avocats
Laval, Québec, Canada
fgervais@deveau.qc.ca

[1] L.C. 2000, chapitre 17.

[2] DORS/2002-184.

[3] Peut-on concilier les règles régissant le respect du secret professionnel et celles régissant la lutte contre le blanchiment d'argent, Francis Gervais, Juriste International, 2010-1, page 39.

[4] Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada c. Procureur général du Canada, 2011 BCSC 1270, 27 septembre 2011.

[5] Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada c. Procureur général du Canada, 2013 BCCA 147, 4 avril 2013.

[6] L'obligation de délation et l'indépendance des avocats, Francis Gervais, Juriste International, 2013-3, page 29.

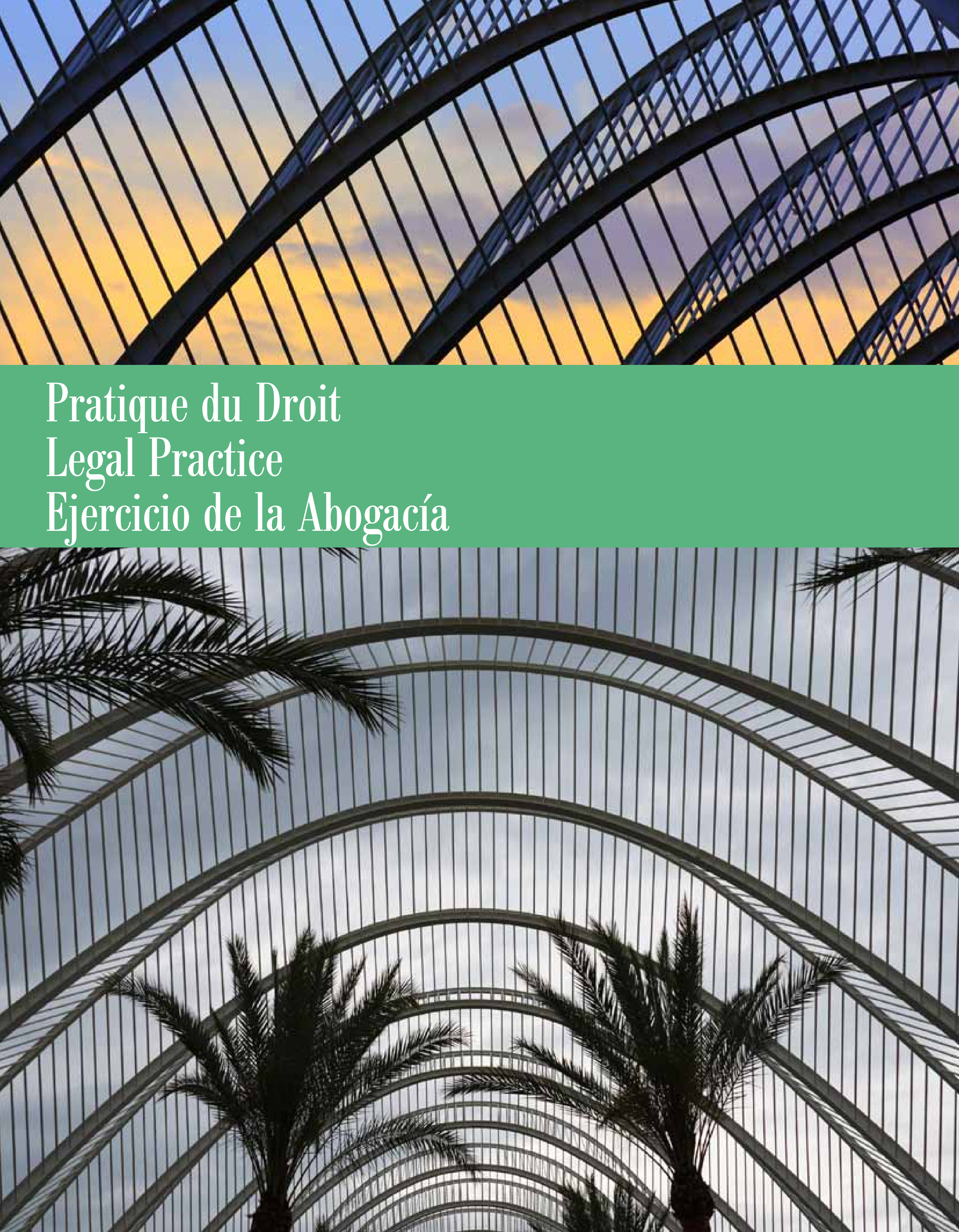
[7] 10 octobre 2013, dossier n° 35399.

[8] Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 2015 CSC 7, 13 février 2015.

[9] Les articles 7 et 8 de la Charte canadienne des droits et libertés, se lisent :

> 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.
>
> 8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[10] Lavallée, Rackel & Heintz c. Procureur général du Canada, [2002] 3 R.C.S. 209.



Pratique du Droit
Legal Practice
Ejercicio de la Abogacía



Leniency and the Recognition of Compliance Programs as a Mitigating Factor: Can They Co-Exist in Competition Law Policy?





Gönenç GÜRKAYNAK,
Öznur INANILIR & Ayşe Gizem YAŞAR

Les programmes de conformité sont un outil précieux dans la prévention de violation des lois antitrust. Certains soutiennent que le risque accru de découverte d'entente découlant de la mise en œuvre des programmes de clémence qui aident les autorités de la concurrence à découvrir ces ententes, prévoit déjà une incitation suffisante pour mettre en œuvre des programmes de conformité. Cependant, il y a encore des infractions et de nouvelles méthodes d'application s'avèrent nécessaires. La reconnaissance des efforts authentiques de respect de la conformité en tant que circonstance atténuante est une politique créative d'application visant à encourager plus avant la conformité et est déjà mise en œuvre dans un certain nombre de juridictions soutenant la clémence.

I Introduction

Should compliance programs be treated as a mitigating factor in antitrust investigations? How compatible is this policy choice with existing enforcement policies? While there is no consensus on how to answer these questions, some competition authorities, albeit limited in number, have sided with compliance programs on this debate by rewarding genuine compliance efforts. On the other hand, authorities and scholars standing against the recognition of compliance programs as a mitigating factor have suggested *inter alia* that leniency programs already encourage compliance by deterrence and also by driving companies to implement compliance programs. According to these views, leniency programs are a better way to ensure compliance and competition authorities do not need to make policy alterations to reward compliance programs in antitrust investigations.

The success of leniency programs in helping competition authorities uncover and punish infringements and the deterrent effect of fines are widely accepted. Yet, infringements, both cartels and others, still occur and new enforcement tools are needed to spread the compliance culture. To achieve this end, competition agencies have been called to recognize genuine compliance efforts as a mitigating factor in their investigations.

> Competition authorities rely on two factors in preventing competition law infringements: the deterrence of continuously increasing fines and leniency programs.

The following question, thus, emerges: Is it an optimal antitrust policy choice to grant fine reductions for compliance programs in jurisdictions that already have leniency regimes in place?

2 Compliance Programs

A competition law compliance program is "a set of measures adopted within a company or corporate group to inform, educate and instruct its personnel about the antitrust prohibitions (...) and the company's or group's policy regarding respect for these prohibitions, and to control or monitor respect for these prohibitions or this policy."[1] Practice shows that there is no "one size fits all" type of compliance program for companies[2]. However, there are certain elements that are usually viewed as essential for an effective compliance program:[3]

(i) Active participation and commitment of senior management[4];
(ii) Training the employees, which necessitates creating clear rules and systematically communicating them to the employees, preferably in a compliance handbook;
(iii) Implementing effective measures to both prevent and spot infringements, including a system which allows the employees to report antitrust infringements within the company. This element also entails active monitoring and control of the compliance program,
(iv) Taking disciplinary actions against employees who fail to comply with the program and also putting in place incentives to encourage compliance,
(v) Adjusting the program to the company's commercial activities and other characteristics (such as the market position).

The need for compliance programs appears to be mainly associated with cartels, i.e.

the "supreme evil of antirust"[5]. Needless to say, there are many other ways to infringe competition law, such as restrictive agreements between a supplier and its distributors, or the abuse of a dominant position through discriminative practices, and compliance programs are ideally designed in a way to address all potential competition law issues that a certain company may face[6].

Many antitrust authorities and their officials have expressed the advantages of having an effective compliance program. Agencies also publish guidelines or best practices to provide guidance to undertakings on how they can implement robust compliance programs. Such guidelines are usually bright-lines rather than detailed compliance handbooks, as many authorities share the view that every compliance program should be "tailored" to the company's needs[7]. Practitioners also emphasize the need for effective compliance programs, drawing the companies' attention to the fast-increasing fines.

3 Cartels, Leniency and the Treatment of Compliance Programs as a Mitigating Factor

Despite the verbal encouragement, many agencies appear reluctant when it comes to taking pro-active steps to promote compliance programs to spread the compliance culture. The U.S. Department of Justice (DOJ) officials have explicitly pointed out that they do not see the need to reward companies with "failed" compliance programs[8] when setting fines (the adjective "failed" stems from the idea that since the company was involved in an infringement, the compliance program in place has malfunctioned, i.e. failed). The U.S. Federal Trade Commission (FTC), on the other hand, has not followed its fellow agency's approach and takes into consideration genuine compliance programs[9]. The European Commission's (Commission) stance is quite similar to the DOJ's,[10] advocating that compliance programs are their "own reward"[11], as they prevent infringements and thus fines. The Commission merely recognizes that a "failed" compliance program will not be seen as an aggravating factor.[12] On the other hand, albeit limited in number, jurisdictions such as France, U.K., Canada, Australia, Chile[13] and recently Italy[14] have adopted rules that allow competition authorities to reward compliance programs.

Competition authorities rely on two factors in preventing competition law infringements:
(i) the deterrence of continuously increasing fines and sentences[15],
(ii) leniency programs.[16]
A key role has been attributed to the latter, i.e. the whistleblowing mechanism, in encouraging undertakings to conduct internal audits[17]. In this scenario, as the cartelist first to report to the authority with evidence on a cartel usually receives immunity from fines, the companies are motivated to find out if the employees have participated in a cartel to be the first cartel member to blow the whistle. Going one step further, there is the view that compliance programs do not need to be given any credit as the leniency procedure already drives undertakings to implementing compliance programs and internal audits[18]. Murphy and Jalabert-Doury have observed that the DOJ's Antitrust Division disregards any compliance initiatives by undertakings due to the existence of the Division's leniency program[19]. Another approach to this conundrum is Wils's opinion that leniency programs *"are a much better way to incentivize companies to detect and report cartel behaviour engaged in by their employees than granting fine reductions or immunity to all companies that have a compliance programme"*[20]. According to Wils, treating compliance programs as a mitigating factor in cases where the relevant undertaking uncovers an infringement through the compliance program and does not report it, would contradict with the motivation created by leniency regimes to report infringements as soon as possible[21].

The foregoing views boil down to the following: Failed compliance programs do not need rewarding, since leniency programs are already deterrent as they increase the chances of cartel discovery. Furthermore, leniency programs encourage the implementation of effective compliance programs anyways, since compliance programs enable companies to uncover infringements and self-report as quickly as possible within the scope of the leniency regime.

It is hard to deny the deterrence of fines and whistleblowing procedures. However, when it comes to antitrust enforcement (leaving aside the other areas of law), the point of view that "prosecutors are seldom positioned to stop a crime before it starts" and that "they must rely on deterrence"[22] may not be entirely justified. Fines and leniency regimes are about punishment and deterrence; whereas competition law enforcement also entails altering the way companies perceive competition rules so that they do not break the rules in the first place[23]. This is where compliance programs come into the picture[24]. The European Parliament has stressed the need for "encouraging compliance" in antitrust, calling for "more sophisticated instruments covering such issues [as] corporate compliance programs" in addition to penalties[25]. One way (maybe the most apparent way) to use compliance programs as part of antitrust enforcement is the mitigation of fines when the infringer has a credible compliance program[26]. Since compliance programs are first and foremost designed to prevent infringements[27], rewarding compliance programs would actually be a solid attempt to decrease the number of infringements[28].

On these grounds, arguing that leniency is a more efficient way to ensure compliance in order to avoid rewarding credible compliance efforts would be ignoring the fact that whichever enforcement methods (including leniency) are used and however efficient they may be, "completely eliminating antitrust infringements is an unattainable objective"[29]. Several tools may thus be used at the same time in an effort to diminish infringements as much as possible and to increase compliance awareness. There is no impediment against competition authorities applying both of these tools at the same time.[30]

Furthermore, even if authorities were to accept that leniency was more useful in encouraging companies to implement monitoring mechanisms, the leniency procedure is limited to a single type of infringement: Cartels. The discussion on compliance programs may be concentrating on the fight against cartels; yet, effective compliance programs ideally address all kinds of competition law risks that a company may face[31]. Relying on leniency to

promote compliance programs therefore seems like exaggerating the functions of leniency programs.

Finally, one could also argue that, even if the existence of leniency programs and an increased ability to prevent infringements already provides sufficient incentive to implement a compliance program, it is still fair to provide better treatment to a company which has demonstrated an effort to prevent infringements in comparison to one which has shown a general disregard for compliance[32].

4 Conclusion

Leniency is a valuable tool in the fight against cartels. That said, spreading a compliance culture is a challenging task for competition authorities, especially in jurisdictions where competition law enforcement is not yet mature (such as Turkey), and relying solely on the traditional enforcement tools may not be sufficient. This is when compliance programs, designed to prevent infringements, enter the scene. Regulators are therefore invited to think more "creatively"[33] in their enforcement choices and utilize compliance programs as a part of competition law enforcement. The most straightforward method to do so is to reward companies that implement credible compliance programs, as already accepted in a number of jurisdictions. Younger competition authorities in particular can and should take advantage of this creative tool of enforcement to ensure higher compliance in their jurisdictions where compliance culture has not yet penetrated into sectors and companies.

Gönenç GÜRKAYNAK, Esq.
Managing Partner
ELIG Attorneys-at-Law
Istanbul, Turkey
gonenc.gurkaynak@elig.com

Öznur INANILIR
Senior Associate
ELIG Attorneys-at-Law
Istanbul, Turkey
oznur.inanilir@elig.com

Ayşe Gizem YAŞAR
Associate
ELIG Attorneys-at-Law
Istanbul, Turkey
gizem.yasar@elig.com

[1] Wils, W. (2013) "Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement", Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 1, No. 1 (2013), pp. 52–81, p.52, footnote 1.

[2] See e.g. Snyder, B. (2014) "Compliance is a Culture, Not Just a Policy", p.4, available at http://www.justice.gov/atr/public/speeches/308494.pdf ; Office of Fair Trading (2011) "How your business can achieve compliance with competition law", para. 1.2., available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284402/oft1341.pdf.

[3] See in general Riley, A. and Sokol, D. (2014) "Rethinking compliance", available at http://www.competitionlawyer.co.uk/ICLA/Documents_files/SSRN-id2475959.pdf; OECD Policy Roundtables (2011) "Promoting Compliance with Competition Law", available at http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf (OECD Report); Snyder (2014), supra note 2.

[4] Snyder (2014), supra note 2 at p.4; also see Italianer, A. (2013) "Fighting cartels in Europe and the US: different systems, common goals", p.6, available at http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_09_en.pdf.

[5] Mintz Levin Anitrust Alert (2014) "DOJ Antitrust Enforcers Take to the Bully Pulpit on Prosecuting Antitrust Crimes and Antitrust Compliance Programs", available at http://www.mintz.com/newsletter/2014/Advisories/4262-0914-NAT-AFR/.

[6] See e.g. European Commission (2012) "Compliance Matters", pp.15-16, available at http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=KD3211985.

[7] See e.g. Commission (2012), supra note 6 at p.15; Office of Fair Trading (2011), supra note 2 at para.1.13.

[8] See Tween, D. and Gates, A. (2014) "Benefits Of Compliance: US Antitrust Vs. Other Approaches", available at http://www.law360.com/articles/589112/benefitsofcomplianceusantitrustvsotherapproaches.

[9] Banks, T. and Jalabert-Doury, N. (2012) "Competition Law Compliance Programs and Government Support or Indifference", Concurrences No. 2-2012, p. 31.

[10] See Italianer (2013), supra note 4 at p.6.

[11] See e.g. Almunia, J. (2011) "Cartels: the priority in competition enforcement", available at http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-268_en.htm?locale=en;

[12] See Commission (2012), supra note 6 at p.21; Global Competition Review (13 March 2015) "GE in-house counsel attacks DG Comp's indifference to compliance", available at http://globalcompetitionreview.com/news/article/38186/ge-in-house-counsel-attacks-dg-comps-indifference-compliance/.

[13] Tween and Gates (2014), supra note 8.

[14] Global Competition Review (31 October 2014) "Italy to recognise compliance programmes in setting fines", available at http://globalcompetitionreview.com/news/article/37172/italy-recognise-compliance-programmes-setting-fines/ .

[15] Snyder (2014), supra note 2 at p.2.

[16] Riley and Sokol (2014) supra note 3 at p.45; OECD Report, p.25.

[17] See Walkowiak, B. F. (2013) "DOJ Deputy Assistant AG Hammond emphasizes importance of effective antitrust compliance programs and internal investigations", available at http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d4545d82-d4ba-4083-9c84-3bc3b0c22268; Wils (2013) supra note 1 at p.69; Madero Villarejo, C. (2012) "The point of view of the European Commission, Concurrences, 2-2012, p. 10.

[18] OECD Report, p.14.

[19] Murphy, J. and Jalabert-Doury, N. (2013) "Cartel Prevention and Compliance Regimes: It Is Time for a Smarter Approach", Business Compliance 03-04/2013, pp.82-92, p.86.

[20] Wils (2013), supra note 1 at p.76.

[21] Wils (2013), supra note 1 at p.70.

[22] Snyder (2014), supra note 2 at p.2.

[23] See Almunia, J. (2010) "Compliance and Competition policy", available at http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm.

[24] Riley and Sokol (2014), supra note 4 at p.20.

[25] European Parliament resolution of 12 June 2013 on the Annual Report on EU Competition Policy, para.38.

[26] Riley and Sokol (2014), supra note 3 at p.9.

[27] See e.g. Almunia (2011), supra note 11.

[28] Riley and Sokol (2014), supra note 3 at p.24.

[29] Wils (2013), supra note 1 at p.72.

[30] Geradin, D. (2013) "Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils" p.16, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2241452.

[31] See in general Office of Fair Trading (2011), supra note 2.

[32] See Global Competition Review (2015), supra note 12.

[33] Riley and Sokol (2014), supra note 3 at p.9.



Competition and Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)

How Will the BEPS' Project Affect Countries and the Measures They Set to Attract Foreign Investment? A Brief Overview on the Project

Filipa CORREIA TENREIRO

Le projet Érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices (BEPS) marque un tournant dans la coopération fiscale internationale.
Le succès de l'objectif ambitieux de ce projet dépendra largement de la volonté des pays d'appliquer le lot de mesures recommandé, ainsi que la consistance de leur application au sein des pays.
Le défi consistera à trouver le bon équilibre entre la concurrence fiscale et de la volonté des pays de protéger la compétitivité de leurs systèmes fiscaux, avec leur engagement à lutter contre l'évasion fiscale et à mettre en œuvre de façon constante les mesures recommandées par le BEPS et de voir si ce projet sera un succès.

Background of the BEPS Project

The major financial crisis has shown the weaknesses and misalignments of the international tax system. In our globalized world, design, and enforcement of national tax systems is increasingly complex – new technologies, global integrated value chains, mobility, and increasing importance of intangibles cause national borders to become increasingly meaningless. In addition, internationally acknowledged principles date back to 1920.

Competition is rather harsh and has increased and countries are suffering from a significant decrease in their tax revenues, while experiencing severe competition between developed and developing countries (especially the BRICs).

Companies are competing against each other, but also countries are putting measures and initiatives in place to attract investment. So, companies have been taking advantage of the loopholes and mismatches that result from the interaction of national tax systems, reduced cooperation and limited transparency (in order to benefit from double non-taxation), as well as taking advantage of the competition between countries.

The latter techniques and strategies set by companies towards tax mitigation (often identified as aggressive tax planning), are not necessarily illegal, notwithstanding their aggressive approach.

In the context of tax competition and the fight against unfair tax competition, a distinction between intended and unintended double non-taxation must necessarily be drawn since it will be pivotal to discern between tax efficiency versus aggressive tax planning (from a business perspective) and normal tax policy versus harmful tax practices (from the countries' perspective).

Cross border tax evasion and avoidance by companies have been identified by the G20, OECD and main jurisdictions as major causes of countries' erosion of the tax base, made the headlines of the press worldwide, gained political pressure and averted the public attention that demands fair tax systems.

It was felt that besides concentrating on eliminating double taxation in order to facilitate foreign investment and ensure a level playing field, we should also concentrate on avoiding double non-taxation.

Moreover, it is now almost unanimous that the international tax principles could only be effectively recast and implemented worldwide by means of international cooperation through a holistic approach and that unilateral measures to counteract base erosion and profit shifting (BEPS) set by countries should be restricted.

The stateless income problem, as defined by some authors, is not new. President Kennedy launched an alert to the problem as far back as in 1961. *"Recently more and more enterprises organised abroad by American firms have arranged their corporate structures aided by artificial arrangements between parent and subsidiary regarding intercompany pricing, the transfer of patent licensing rights, the shifting of management fees, and similar practices […] in order to reduce sharply or eliminate completely their tax liabilities both*

at home and abroad". But the financial crisis and countries' budget crisis have undeniably exacerbated the need for reform.

2 What is "BEPS" and the OECD Actions on BEPS

The acronym "BEPS" (Base Erosion and Profit Shifting) was defined by the OECD by making reference to *"tax planning strategies that exploit gaps and mismatched in tax rules to make profits "disappear" for tax purposes or to shift profits to locations where there is little or no real activity but the taxes are low, resulting in little or no overall tax being paid[1]"*.

BEPS was treated as top priority for G20 Countries at the Los Cabos Summit in June 2012 and endorsed at the G20 meeting in September 2013 in St. Petersburg.

This project marks a turning point in the field of international tax cooperation. The number of countries involved (developed/ developing countries) is unprecedented.

The OECD BEPS Report (hereinafter "the Report") was released in February 2013 by the OECD and is aimed at providing governments with clear international solutions for counteracting corporate tax planning strategies that exploit gaps and loopholes of the current tax framework to artificially "reallocate" profits to locations where they are subject to more favourable tax treatment (to avoid/limit: double deductions; deductions coupled with non-taxation; artificial separation of taxation from income generating activities), and to curb harmful tax competition or specific tax policies introduced by national governments.

Its ultimate purpose is to support countries, coordinated efforts to shape effective, more efficient and fairer tax systems, and promote international transparency and exchange of information.

The Report includes studies and data available in the public domain; provides an overview of the global developments that have an impact on corporate tax matters; gives an overview of the key tax principles that underlie taxation of cross-border activities, as well as the BEPS opportunities the above principles might create (which include: jurisdiction to tax, transfer pricing, leverage and anti-avoidance). The Report identifies six key areas that require an intervention: hybrids and mismatches; digital economy and the balance between residence-source taxation; intra-group financing; transfer pricing matters; anti-avoidance rules and its effectiveness (often affected by competition and lobbying concerns); preferential regimes.

In July 2013, the OECD issued its Action Plan which sets forth an extremely tight agenda, including 15 actions that focus on the following principles of international tax rules:

- Revisiting international standards to ensure coherence of corporate income taxation at international level;
- Aligning taxation with substance (real economic activity);
- Optimising transparency.

The fifteen actions[2] listed in the Action Plan can be grouped as follows: four actions in the BEPS Action Plan (Actions 2, 3, 4, and 5) focus on restoring international consistency in corporate income taxation to complement current standards to avoid double taxation with a set of instruments designed to counteract double non-taxation; five actions (Actions 6, 7, 8, 9, and 10) focus on restoring an alignment of taxing rights with substance (e.g. in the area of transfer pricing it would be most convenient to revisit the existing principles in particular with regard to returns related to over capitalisation, risk and intangibles; establish the tools to limit the use of shell companies that have no economic substance, etc.); three are transparency-related action items devoted to improving transparency (Actions 11, 12 and 13 - these actions are aimed at improving data collection and analysis regarding the impact of BEPS issues, reduce the burden on TP documentation on companies, and taxpayers' disclosure about their tax planning strategies).

The timetable set to deliver this set of recommendations is very ambitious vis-à-vis the number of stakeholders involved in the ongoing consultation process (that spans across countries, businesses, NGOs, etc) and the relevant timeframe to deliver the set of recommendations on each action is expected to be completed by December 2015.

The first seven BEPS deliverables were released on schedule on September 16, 2014 and endorsed by G20 Finance Ministers at their meeting in Cairns (Australia) on September 21, 2014, which included:

a ■ Two final reports: one on Action 1 (Report on tax challenges raised by the digital economy and necessary actions to address them) and the other on Action 15 (Report on the feasibility of developing a multilateral instrument to implement the measures developed in the course of the work on BEPS);
b ■ An interim report on Action 5 (Harmful Tax Competition);
c ■ Four instruments on, respectively: Action 2 (Report on domestic and tax treaty measures to neutralize the effects of hybrid mismatch arrangements); Action 6: (Report on treaty abuse containing the principle of a minimum standard against treaty shopping and model treaty provisions to counter such abuses); Action 8: (Report on the transfer pricing aspects of intangibles, containing a new chapter to be included in the OECD Transfer Pricing Guidelines); Action 13: (Report containing revised standards for transfer pricing documentation and a template for country-by-country reporting of income, earnings, taxes paid and certain measures of economic activity).
d ■ An explanatory statement.

These set of deliverables is the result of the consensus reached among 44 countries on an equal footing (including all OECD members, OECD accession countries, and G20 countries) and of the extensive consultation with developing countries, business, NGOs and other stakeholders. It is worthwhile noting that the seven deliverables are not yet final, due to any potential interaction with the work done within the remaining Actions (2015 deliverables).

In the meanwhile, and as the project proceeds at a fast track, further discussion drafts were released in 2014 and 2015 for consultation with the stakeholders.

In February 2015, the so-called "implementation package" was released. This package is the result of the agreement reached by OECD and G20 countries with regard to three important elements for the implementation of the BEPS Project. It includes:
a) a mandate to launch negotiations on a multilateral instrument to allow a consistent implementation of tax treaty-related BEPS measures;
b) guidance on country-by-country reporting and exchange of information; and
c) agreement on the criteria to assess whether preferential treatment regimes for intellectual property (patent boxes) are harmful or not.

3 EU Actions on BEPS

In December 2012, the EU (in anticipation to the OECD BEPS Report), released its Action Plan which includes short and long-term measures on how to fight abusive behaviours, and was endorsed by the European Council in May 2013.

The aim was not only (as Commission Recommendation 722 states) to help member states protect their national tax bases, but also to contribute to the overall fairness of member states' tax systems, improving the proper functioning of the internal market (by ensuring growth and competitiveness), a level playing field - centered in enhancing transparency in tax matters and in ensuring coordination among member states in the EU fight against tax base erosion.

The EU Action Plan includes several measures on areas that overlap the OECD BEPS project.

Some of the measures set by the EU that are "concurrent" with the OECD's involve: expansion of automatic exchange of information to cover all forms of financial income and account balances; strengthening the rules against aggressive tax planning; establishment of a platform for tax good governance to assists the Commission in developing initiatives to promote good governance in tax matters in third countries, to tackle aggressive tax planning and to identify and address double taxation; establishment of a high-level group to study digital economy related-issues; review measures and the existent framework to prevent harmful tax competition; discussion of a potential increase of corporate transparency by introducing country-by-country reporting.

Further to being actively involved in the OECD's work on the BEPS Action Plan, the EU has continued to put in place its own measures to fight tax avoidance in Europe (measures that necessarily need to take into due consideration respect of the Treaty Freedoms, specificities of the internal market and the EU framework).

EU commitment in the fight against aggressive tax planning, fraud and evasion is proceeding full speed ahead, and we can already see significant developments in specific areas.

In 2014, the EU Action focused on three areas: revising EU corporate tax rules (which included a revision of the Parent-Subsidiary Directive to prevent mismatches in national tax regimes, anti-abuse provisions were also discussed); addressing digital taxation (the Commission established an Independent Expert Group, the first report was released in May 2014); and tackling harmful tax regimes (investigations to tax rulings have been formally opened and further work on patent boxes under the Code of conduct on harmful business taxation is ongoing).

In March this year, a package of measures on transparency was announced. The proposal intends to help improve cooperation between/among tax authorities by setting forth an automatic exchange of information on tax rulings for all member states, since the secrecy of tax rulings has been affecting tax competition among member states and can affect the tax Base of other member states.

With the automatic exchange of information, all member states will have to automatically exchange information on all of their cross-border tax rulings, systematically, every three (3) months. This measure was also provided to discourage companies from using rulings to shift profits and avoid taxes.

A new EU Action Plan to be released before the summer is expected to include specific measures to ensure that profits in the Single Market are taxed where the value is generated (including a re-launching of the Common Consolidated Corporate Tax Base - CCCTB).

Despite this, Commissioner Moscovici (back in April this year) gave assurance that the EU's purpose is to neither penalise legitimate business with the issuance of the new measures, nor to create uncertainty or additional disproportionate administrative burdens. The purpose of the EU is to continue enhancing the single market, while reducing the barriers within the internal market.

4 BEPS Implications for Countries and the Measures they Set to Boost/Attract Investment

Tax competition grounded on "tax appeal" is frequently used by states as a tool to help revamp their national tax systems and to minimise inefficiencies. Such initiatives can affect the overall fairness of the system, depending on how they are set.

Harmful tax competition is being addressed by the OECD since 1998 (OECD Report on harmful tax competition), and by the EU, as well in its Code of conduct on harmful tax competition (and more recently discussed at the EU platform for tax good governance) to support Countries in finding the right practices to ensure fair competition and reduce tax related distortions.

The OECD 1998 Report listed a number of key factors to help countries assess whether a régime was harmful or not: no or low effective tax rate; ring-fencing of the régime at domestic economy level; lack of transparency; deficiency of tax information exchange.

Under the BEPS initiatives, supplementing such key criteria with a new one, i.e., "activity nexus approach/test" (substantial activity test), would be most helpful.

Action 5 of the BEPS Action Plan specifies that it aims to *"Counter harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance"* requires further work to revamp the project on harmful tax practices along with a narrow focus on *"improving transparency, including compulsory spontaneous exchange on rulings related to preferential regimes, and on requiring substantial activity for any preferential régime*".

In September 2014, the OECD issued an Interim Report that outlines the progress made so far and summarises the work carried out on: setting the criteria to define what constitutes substantial activity (the recommendation is to use a *"Nexus approach" - the nexus approach only allows a taxpayer to benefit from an IP régime to the extent that it can show that it itself incurred expenditures, such as R&D, which gave rise to the IP income*[3]), although for the time being agreement was reached only in the context of intangibles-related régimes; and on improving transparency (through compulsory exchange on rulings).

Currently, further work on implementation and guidance is being carried out and prepared by the OECD and is expected to be finalised by June 2015.

In the EU, the revision of these criteria is particularly challenging, taking into account that EU policy on member states' tax incentives depends on a strict application of the state-aid provisions and on criteria established by the Code of conduct for business taxation for the determination of harmful tax measures.

Recently, close attention has been devoted to IP regimes and tax rulings in the EU. Patent box regimes are being investigated by the European Commission in several member states and, in June 2014, the EU opened formal investigations to examine whether decisions by tax authorities in Ireland, The Netherlands and Luxembourg with regard to the corporate income tax to be paid by Apple, Starbucks and Fiat Finance and Trade, respectively, comply with EU rules on state-aid.

EU measures released during 2015 and the new ones that are expected to be released during the summer, are most definitely expected to add further developments to the topic.

5 Concluding Remarks

The topic of tax competition is highly sensitive and highly political (since it affects countries' tax sovereignty).

Success and progress in the field of harmful tax competition will necessarily depend on international cooperation and on the agreement to implement the recommended actions among OECD and also non-OECD member states.

One of the ultimate BEPS goals is to strike down preferential tax regimes lacking an authentic rationale. The implementation of the new BEPS set measures should not, however, keep taxes from being used for non-fiscal purposes (e.g., R&D incentives).

Therefore, in the worldwide BEPS context, tax incentives should be granted only if they are a legitimate outcome of a policy decision, based on a legitimate justification, ensuring transparency of its goals and limiting the possibility of abuse of exploiting the benefit.

The challenge that underlies the BEPS Project will be finding the proper balance between tax competition and countries' willingness to protect the competitiveness of their tax systems through their commitment to counteract tax avoidance (and to implement consistently suggested BEPS measures) and whether they will actually succeed in their intent.

Filipa CORREIA TENREIRO
Valente Associati – Studio Legale Tributario
GEB Partners
Milan, Italy
f.correia@gebnetwork.it

[1] http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm

[2] Action 1 - Addresses the tax challenges of the digital economy; Action 2 - Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements; Action 3 - Strengthening CFC rules; Action 4 - Limiting base erosion via interest deductions and other financial payments; Action 5 - Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance; Action 6 - Preventing Treaty Abuse; Action 7 - Preventing the artificial avoidance of PE status; Action 8, 9 & 10: Assuring that transfer pricing outcomes are in line with value creation for intangibles, risks & capital , and other high-risk transactions; Action 11 - Establish methodologies to collect and address data on BEPS and the actions to address it; Action 12 - disclosure their aggressive tax planning arrangements; Action 13 - Re-examine transfer pricing documentation; Action 14 - Make dispute resolution mechanisms more effective; Action 15 - developing a multilateral instrument.

[3] See: http://www.oecd.org/ctp/explanatory-paper-beps-action-5-agreement-on-modified-nexus-approach-for-ip-regimes.pdf



Stem Cell Therapy – Advanced Therapy Medical Product (ATMP) or Transplantation?

Joanna KRAKOWIAK

À l'heure actuelle, il y a beaucoup de controverses liées à l'application des thérapies cellulaires qui restent en suspens. Il semble que les problèmes actuels liés à la classification de ce type de thérapie ne sont que le début des défis de règlementation liés au développement rapide de la biotechnologie. Afin de ne pas ralentir la croissance et l'expansion de cette source essentielle de nouvelles technologies dans la médecine, le dialogue doit être stimulé entre les scientifiques, les médecins, les organes de contrôle et des avocats. Cela devrait conduire à l'élaboration conjointe de solutions juridiques modernes et pratiques. Ces solutions pourraient être prises comme incluant les permis de production délivré par l'Agence nationale de sécurité du médicament. Il convient, toutefois, de rappeler, qu'il y a d'importantes restrictions concernant l'application d'un médicament sur la base de celui-ci et qu'il y a un manque de clarté des règles régissant l'échelle de l'activité recevable menée sur cette base, en particulier, la spécification insuffisante du critère de manière non systématique. C'est pour cela que mener des activités sur la base d'un permis délivré par l'Agence nationale de sécurité du médicament peut être considéré comme étant une solution provisoire, appliquée pendant la période nécessaire à l'obtention de financement et à l'organisation d'une procédure d'essais cliniques et d'enregistrement central du médicament en tant que produit médical de thérapie avancée.

Scientists are placing much hope in medical progress with stem cells, in particular regarding the regeneration of damaged organs using so-called cellular therapy. This is because stem cells have two unique properties, i.e. their capacity for differentiation into other cell types and the capacity for potentially unlimited multiplication. This gives them an obvious advantage over other types of cells in the human organism.

What is significant is that scientists are working on the use of stem cells collected not only from human embryos or umbilical blood, but also from the adult human organism. The use of (somatic) stem cells in adult therapy allows for the avoidance of ethical controversies associated with the use of biological material collected from the human embryo. There are already a number of positive cases around the world of the use of stem cells for the treatment of the most serious diseases, including heart muscle regeneration after a heart attack or regeneration of a disconnected spinal cord. But the road to the commercialisation of the developed therapies is neither straightforward nor short

> At the present stage of biotechnology development, situations in which collected cells are subjected only to insignificant manipulations are rare.

Controversies surrounding the legal classification of cell-based therapies

Cell-based therapy is based on the use of human cells for the regeneration of a patient's damaged tissue or organs, albeit these cells may originate not only from a donor, but also from the actual patient's organism. This method differs from classical transplants through the fact that it is not entire organs or tissue that are harvested, but only individual cells. The collected cells are subjected to processes of isolation, purification, validation and often also engineering in laboratory conditions. From the regulatory point of view, it is this engineering that is of key significance for the legal classification of the therapy.

Essentially, it is assumed that if the collected cell material is subjected to significant engineering before renewed implantation, the cells obtained in this manner constitute so-called advanced therapy medicinal products (ATMP), the use of which requires a marketing authorisation to be obtained from the European Medicines

Agency (EMA) in London. If the therapy does not require collected cells to be subjected to engineering manipulation or if such engineering is insignificant, then the implanted cells are treated as part of the human organism and therapy is only subject to national laws such as, in Poland, the Act dated July 1,2005 on cell, tissue and organ collection, storage and implantation (Journal of Laws of 2005 no. 169, item 1411).

Within the European Union, pursuant to the definition contained in part IV of annex I to Directive 2001/83 of the European Parliament and of the Council dated November 6, 2001 on the community code relating to medicinal products for human use (Official Journal of the European Union L no. 311),[1] advanced therapy medicinal products are based on manufacturing processes focussed on various gene-transfer produced bio-molecules, and/or biologically advanced therapeutic modified cells as active substances or part of active substances.

What has decisive significance in the above definition is the formulation "manipulated cells". In accordance with the definition contained in art. 2 section 1 point c) of Regulation 1394/2007, cells or tissue shall be considered engineered if they have been subjected to substantial manipulation, so that their biological characteristics, physiological functions or structural relevance for the intended regeneration, repair or replacement have been changed. In accordance with annex n° I to Regulation 1394/2007, the following do not constitute significant manipulation: cutting, grinding, shaping, centrifugation, soaking in antibiotic or antimicrobial solutions, sterilisation, irradiation, cell separation, concentration or purification, filtering, lyophilisation, freezing, cryopreservation, vitrifycation.

Status of MAS Cells in the USA

In the USA there is no separate category of advanced therapy medicinal product, but a category of biological drugs is separated out from amongst drugs. A discussion has been in progress since the 1990s on the so-called at least minimally manipulated cells, ("MAS Cells"). This relates above all to whether therapy based on autologous transplants of manipulated adult stem cells (or in other words cells taken from a patient, and next implanted in the same patient) should be recognised as a biological drug subject to regulation by the Federal Food, Drug and Cosmetic Act, or else whether these are merely procedures applied by doctors in the framework of their freely performed profession, in association with which no product market authorisation is required.

The controversies around the legal classification of therapy using adult stem cells led to the issue in February 2014 of a decision by the Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. The dispute concerned a therapy used by the company Regenerative Sciences LLC with the name Regenexx-C Procedure. This was based on the treatment of orthopaedic illnesses, in particular arthritis, with the use of cells which were harvested from the patient's bone marrow and next engineered and implanted to the same patient in the areas of his joints. The company lost its dispute with the Food and Drug Administration (FDA), since the court acknowledged that this type of therapy did not fit into the framework of medical procedures regulated mainly by the principles of performing the profession of doctor, and that in consequence of its application a drug arose which required authorisation by the FDA, together with fulfilment of all of the regulatory requirements which are associated therewith. This decision might on the one hand contribute to increased safety of therapies being offered, but will on the other hand impact the costs of conducting these.

At the present stage of biotechnology development, situations in which collected cells are subjected only to insignificant manipulations are rare. This means that there is a high probability that the result of works on a new cellular therapy will be the development of an advanced therapy medicinal product.

Is there a "third way"?

It is a principle that an advanced therapy medicinal product, like every other medicinal product, can be applied outside of medical experimental procedures only after obtaining marketing authorisation.

In the case of advanced therapy medicinal products, such authorisations are issued by the European Commission, since pursuant to Regulation 1394/2007 these types of products are subject to a mandatory central registration procedure. Their marketing authorisation is issued by the European Commission and is valid throughout the entire European Union, including in Poland.

Nonetheless, obtaining marketing authorisation for advanced therapy medicinal products is costly and time-consuming, and only few biotechnology start-ups can afford to immediately authorise a newly-developed product for the whole of Europe. For this reason in Poland, a more realistic option for the commencement of conducting activity is to seek a permit for creation of a drug issued by the Main Pharmaceutical Inspectorate (GIF). This is because art. 3 section 4 point 7 of the Act dated 6 September 2001 – the Pharmaceuticals Law (Journal of Laws of 2001 no. 126, item 1381) envisages an exception, pursuant to which an advanced therapy medicinal product does not require the obtaining of market authorisation and may be applied in hospital treatment on the basis of a production permit issued by the GIF. Analogous principles have been adopted in other EU states, since this mechanism is envisaged in art. 3 point 7 of Directive 2001/83. Nonetheless, particular attention should be paid to the fact that conducting activity on the basis of this kind of permit is subject to significant restrictions which are as follows:

The drug is prepared in a non-systematic manner

This is the key criterion, but the regulations of the Pharmaceuticals Law unfortunately lack an explanation of what is meant by "non-systematic manner". In Poland there are also no guidelines concerning the understanding of this formulation.

Taking into account the fact that art. 3 section 4 point 7 of the Pharmaceuticals Law implements art. 3 point 7 of Directive 2001/83, it is possible on an auxiliary basis to refer to the practice of other EU countries in this scope. And thus, in granting consent for the creation of an advanced therapy medicinal product in the case of hospital use, the British Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency (MHRA) takes into account above all the scale and frequency of preparation of the given product. The MHRA holds to the view that for the confirmation of its "non-systematic manner" it is not sufficient to state that autologous advanced therapy medicinal products are by their nature differing products if their intended application has replicative traits. Thus, the MHRA examines each case individually and the possibility of product authorisation on the basis of an exception as envisaged in art. 3 point 7 of the Directive 2001/83 also depends on all the circumstances associated with the production of the medicinal product.

The drug is prepared in accordance with particular quality standards

This means that the process of manipulating the harvested cellular material must take place on the basis of permits concerning the harvesting and engineering of cells and in accordance with the terms and conditions thereof,[2] and also the requirements contained in Good Manufacturing Practice.

The drug is used solely in hospital treatment

This means that the drug cannot be applied outside of entities that possess hospital status within the territory of the Republic of Poland.

The drug is applied at the sole professional responsibility of a practicing doctor

Lack of a marketing authorisation means that the therapy will continue to be treated as experimental from the point of view of responsibility of the doctor applying it, even after completion of its medical experimental stage and obtaining of a production permit. This means that a doctor will be unable to waive his own liability towards the patient by citing the fact that he has applied a drug with marketing authorisation in accordance with the indications concerning its application.

The drug is applied for the purposes of fulfilling an individual medical prescription for a product made to order for a specific patient

This means that the drug must be prepared as an individual therapy for a specified patient. Taking into account the nature of therapies based on autologous transplantations, this condition is ordinarily fulfilled.

Joanna KRAKOWIAK
Vice-President of the UIA Biotechnology Law Commission
Wardynski & Partners
Warsaw, Poland
joanna.krakowiak@wardynski.com.pl

[1] Amended by Regulation (EC) no. 1394/2007 of the European Parliament and of the Council dated 13 November 2007 concerning advanced therapy medicinal products and amending Directive 2001/83/EC and Regulation (EC) no. 726/2004 (Official Journal of the European Union L no. 324 – "Regulation 1394/2007").

[2] Depending on the type of activities conducted, the necessity might arise to obtain the following permits issued by the Minister of Health:
a - permit for conducting activity associated with the harvesting and transplantation of stem cells;
b - permit for conducting activity in the form of a tissue and cell bank;
c - permit for performance of activity by a diagnostic medical laboratory conducting tests for transplantation study requirements.



Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) : ange ou démon ?

Nicole VAN CROMBRUGGHE

Introduction : Pourquoi aujourd'hui ?

Outre les longues relations entretenues par les deux blocs, la décision d'entamer des discussions à ce stade semble avoir été motivée entre autres par le contexte économique et géopolitique mondial.

Les préoccupations résultant de la stagnation économique, la frustration devant l'enlisement du cycle de Doha mais aussi la nécessité de s'adapter aux modifications de l'équilibre économique, militaire et politique des pouvoirs à l'échelle mondiale ne seront sans doute pas étrangères à la volonté du monde occidental transatlantique de combiner la prépondérance économique et politique de ses membres afin de réécrire les règles commerciales mondiales à l'aune de ses principes économiques (c'est-à-dire une économique de marché réglementée) et de ses valeurs politiques (démocratie libérale).

Le 11 février 2013, le Conseil économique transatlantique a publié un rapport final aux termes duquel il recommandait la conclusion d'un accord global portant sur un large nombre de questions touchant au commerce et à l'investissement bilatéral, en ce inclus les questions réglementaires, et qui contribue au développement de règles globales.

Le TTIP était en route.

Plusieurs cycles de négociation ont déjà été accomplis, le dernier en avril 2015. Toutefois, s'il était initialement espéré qu'en dépit d'un contexte politique défavorable tant en Europe qu'aux Etats-Unis, le TTIP puisse être conclu en 2015, cet espoir semble aujourd'hui abandonné. En effet, dans sa conférence de presse, à la suite du dernier round de négociation, Ignacio Garcia Bercero, négociateur en chef pour l'UE, se limitait à faire état de l'intensification des négociations souhaitée par la Commissaire Malmström et l'Ambassadeur Froman visant à accomplir la plus grande avancée possible en 2015.

> On note une forte opposition de la part de la société civile tant à l'égard du principe même de la conclusion d'un tel accord que des dispositions qu'il devrait contenir.

En 2009 déjà, le Parlement européen s'est déclaré convaincu que les relations UE-États-Unis constituaient un partenariat majeur pour l'UE et avait exhorté les partenaires à utiliser pleinement le potentiel du Conseil économique transatlantique afin de surmonter les obstacles existant à l'intégration économique et de réaliser un marché transatlantique unifié pour 2015.

1 Le PTCI en bref

Le projet de Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement (PTCI), plus connu sous sa dénomination anglaise Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), adopte le nouveau modèle mis au point à la suite de l'interruption du cycle de négociations de Doha 2006. Ce nouveau modèle, moins ambigu, aborde des questions allant des entraves réglementaires aux échanges qu'il s'agisse de marchandises, de services ou d'investissements, aux droits de propriété intellectuelle, aux marchés publics, en passant par la protection de l'innovation et le développement durable (c'est-à-dire travail décent, normes fondamentales du travail et protection de l'environnement).

Un premier accord de ce type a déjà été conclu par l'UE en 2010 avec la Corée. L'Accord de Libre-Échange UE-Singapore, paraphé le 20 septembre 2013, en est un autre exemple et l'accord économique et commercial global (AECG ou en anglais CETA) entre l'UE et le Canada suit également ce modèle « nouvelle génération ».

En termes de contenu, le traité s'articulera autour de trois axes principaux :

- Accès au marché : suppression des droits de douane sur les marchandises et des restrictions en matière de services, meilleur accès aux marchés publics et facilitation des investissements ;
- Coopération réglementaire : amélioration de la cohérence et de la coopération réglementaires par le démantèlement des barrières réglementaires superflues qui sont considérées comme autant d'entraves non tarifaires au commerce et
- Amélioration de la coopération en matière d'établissement de standards internationaux. Sont ici visés notamment la protection des investissements, la facilitation des échanges, l'environnement et le travail, l'énergie et les droits de propriété intellectuelle. Le but est que les deux parties conviennent de standards élevés qui seraient ultérieurement adoptés par des pays tiers.

En tout, le PTCI devrait couvrir quelques 20 domaines (à l'exclusion de matières sensibles comme les subsides à l'agriculture et l'audiovisuel).

2 Réactions à l'égard du PTCI dans l'UE

Ainsi que le souligne le rapport du Service de recherche du Parlement européen, alors que, des deux côtés de l'Atlantique, l'entreprise et l'industrie promeuvent les négociations de manière intensive, on note une forte opposition de la part de la société civile tant à l'égard du principe même de la conclusion d'un tel accord que des dispositions qu'il devrait contenir. Les critiques essentielles portent sur :

■ *Le rôle majeur joué par les multinationales*

Si initialement l'identité même du partenaire de l'UE a pu sembler faire question, c'est bien plus aujourd'hui le rôle des multinationales qui est source de préoccupations.

La question de l'identité du partenaire reflète, en effet, une préoccupation plus alarmante : à savoir qui est « le pilote dans l'avion » : les États ou les multinationales, présentes des deux côtés de l'Atlantique et dont on sait que les plus puissantes se trouvent aux États-Unis ?

En matière de santé phytosanitaire, par exemple, les propositions textuelles publiées début janvier 2015 par la Commission européenne, prévoient que les tolérances et les limites maximales de résidus adoptées par la commission du Codex Alimentarius seraient appliquées par les deux parties après l'entrée en vigueur de l'accord, sans délai excessif. Or, d'après un rapport publié récemment par le Center for International Environmental Law (CIEL), les limites fixées par le Codex Alimentarius, programme sous l'égide de l'ONU, seraient le plus souvent supérieures à celles en vigueur au sein de l'UE, ce qui n'aurait rien d'étonnant puisque le Codex « est sous influence des États-Unis et du lobby industriel ».

■ *L'absence de transparence des négociations*

Le mandat de négociation donné à la Commission par le Conseil des Ministres en juin 2013 n'a été rendu public qu'en octobre 2014 et encore une intervention de l'Ombudsman européen et un appel du Parlement européen à une plus grande transparence ont-ils été nécessaires.

Si depuis l'adoption, en novembre 2014, de nouvelles mesures visant à assurer une plus grande transparence, un effort manifeste a été consenti par la Commission, seules ses propositions dans un nombre limité de domaines ont été rendues publiques à ce jour.

Outre les critiques de fond émises à l'égard de ces propositions, l'impression d'opacité entourant les négociations persiste. En dépit des réunions rassemblant les représentants de la société civile, des consultations en ligne organisées à l'égard des dispositions les plus controversées et d'un site Internet débordant d'informations de toute nature sur le projet de Traité, etc., le sentiment dominant est, qu'en réalité, les soi-disant tentatives de transparence ne constituent rien d'autre que de la poudre aux yeux, dès lors que les textes eux-mêmes ne sont pas divulgués.

■ *Les principales dispositions du PTCI*

En dépit des protestations de la Commission européenne quant aux avantages substantiels qui peuvent être attendus par tous et quant à sa volonté de ne pas abandonner ni affaiblir les niveaux de protection en Europe, le chapitre du Traité consacré à l'élimination des barrières non tarifaires, notamment, demeure le sujet de nombreuses critiques de la part de la société civile. En particulier, des inquiétudes sont exprimées quant au respect des normes sanitaires et phytosanitaires : des questions comme la fracturation hydraulique, l'utilisation d'hypochlorite de sodium dans la transformation de la volaille, les OGM, le bœuf aux hormones ou les porcs nourris à la ractopamine sont souvent évoquées par les opposants au PTCI.

Les différences d'approche entre les États-Unis et l'UE en matière de réglementation et d'intervention des pouvoirs publics offrent des munitions aux adversaires du PTCI. Le système européen est fondé sur le principe bien connu de précaution (tout est interdit jusqu'à preuve raisonnable que le produit est sans risque), tandis que les États-Unis estiment que tous les produits sont sûrs jusqu'à preuve du contraire (en justice). Il est, dès lors, craint que la convergence proposée ne conduise à un ajustement des normes par le bas et, donc, à leur affaiblissement.

3 Propositions de l'UE en matière de coopération réglementaire

Selon la Commission, le chapitre consacré à ce sujet serait le plus ambitieux jamais proposé dans le cadre d'un accord de libre-échange visant à la réduction des obstacles non-commerciaux.

La convergence réglementaire au niveau sectoriel, tant en ce qui concerne la législation existante que la législation future, est considérée comme d'importance capitale pour faciliter le commerce transatlantique pour les entreprises des deux côtés de l'Atlantique.

Suivant la Commission, une plus grande compatibilité des législations européennes et américaines dans des matières comme la sécurité des produits, la protection des consommateurs, de l'environnement ou de la santé phytosanitaire présenterait le double avantage de renforcer la position des deux partenaires, UE et EU, sur le plan international (c'est-à-dire dans le cadre des négociations menées au sein de l'Organisation mondiale du commerce, des Nations Unies, etc.) et de promouvoir les échanges commerciaux transatlantiques (notamment en raison de la réduction des coûts) et donc une offre de produits plus diversifiée favorable aux consommateurs.

La coopération viserait deux types de réglementations : d'une part, celles contenant les exigences précises en matière de conception des produits vendus et utilisés des deux côtés de l'Atlantique et, d'autre part, celles précisant les conditions

spécifiques relatives aux prestations de services, comme par exemple les licences ou qualifications des prestataires de service.

Bien que la Commission insiste sur les principes de bonnes pratiques réglementaires inscrits en toutes lettres dans sa proposition (transparence, consultations effectives des parties prenantes externes – « stakeholders » – et évaluation préalable de l'impact des réglementations), sur l'absence d'interférence entre cette coopération et sur sa volonté de poursuivre un haut niveau de protection et de préserver le droit de chacun des partenaires de légiférer en vue d'atteindre des objectifs légitimes de politique publique, les propositions de la Commission en la matière n'ont pas manqué de susciter une levée de boucliers de la part de la société civile.

En particulier, la création d'un Organe de Coopération Réglementaire, organe consultatif en principe composé de hauts fonctionnaires représentant les régulateurs (appartenant tant au niveau central que local), de même que l'extension possible de la coopération à tous les secteurs et produits, qu'ils soient ou non visés par le Traité à venir, comme à tous les textes législatifs, en ce inclus ceux des États membres eux-mêmes, ont ainsi été largement critiquées. La procédure de consultation obligatoire des parties prenantes externes dans chaque procédure réglementaire n'a pas non plus trouvé grâce aux yeux des représentants de la société civile : en effet, il est craint que cela ne réserve un poids de choix aux milieux d'affaires, compte tenu des moyens dont ils disposent pour suivre et influencer le travail de l'Organe de Coopération Réglementaire. Encore une fois, le risque d'atteinte du processus démocratique est largement souligné.

4 Propositions de l'UE en matière de règlement des différends Investisseurs-États

Le système de Règlement des différends investisseurs-États (RDIE, ou en anglais, ISDS) permet à un investisseur d'introduire une action contre un gouvernement étranger qui est partie au traité s'il estime que le gouvernement étranger est en défaut de respecter les obligations qui lui incombent aux termes du Traité. Le cas échéant, l'investisseur lésé peut se voir accorder une indemnisation ou d'autres formes de réparations.

Ce type de procédure, soumis au droit international, est motivé par la crainte des investisseurs de se voir confrontés à des difficultés conséquentes s'ils devaient porter ce type de litige devant les instances judiciaires nationales du pays étranger.

Un mécanisme RDIE est inclus dans nombre des 3 000 traités d'investissement internationaux conclus à ce jour (dont 1 400 par l'Union européenne). Une étude publiée en 2012 par l'OCDE souligne la diversité de l'architecture des RDIE et ces variations touchent tant le libellé que le contenu.

Au fil des années, le nombre d'affaires semble avoir augmenté. Suivant la CNUCED (Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement), quelques 608 affaires étaient recensées fin 2014. Comme la plupart des centres d'arbitrage ne tiennent pas de registre public des actions intentées, le nombre total d'affaires est sans doute largement supérieur. Au total 356 affaires ont été réglées, dont environ 37 % en faveur de l'État et 25 % en faveur de l'investisseur. Environ 28 % se sont terminées par un accord amiable et 8 % ont été interrompues pour des raisons inconnues. Parmi les 2 % restants, aucune indemnisation financière n'a été accordée à l'investisseur bien qu'une violation du traité ait été identifiée.

Si, au départ, les actions impliquaient généralement des pays en voie de développement ou à économie de transition, on constate actuellement une augmentation des actions introduites à l'encontre des pays développés.

Un nombre d'États, d'universitaires, d'ONG et d'experts internationaux relèvent nombre de points minant le système RDIE actuel :

- Inconsistance et défaut de prévisibilité des sentences, en raison des lacunes et de la formulation vague des principes des dispositions des traités d'investissement internationaux (par ex. : *"Nationality Shopping"* par les sociétés créant des filiales à l'étranger afin de tirer avantages des traités ;
- Manque de transparence en raison du caractère généralement confidentiel de la procédure[1] ;
- Manque d'indépendance et d'impartialité des arbitres ;
- Coût élevé, que ce soit en termes d'indemnisation ou de frais de défense et d'arbitrage, outre le risque croissant de voir introduire des actions téméraires et vexatoires en raison du phénomène grandissant du financement des actions par des tiers (*"third-party funding of claims"*) généré par le coût de la procédure;
- Effet dissuasif sur les pouvoirs réglementaires étatiques, compte tenu du risque de voir certains gouvernements reculer afin d'éviter d'avoir à indemniser.

Suivant ses promoteurs, le RDIE a été créé afin de réduire les risques politiques liés à une augmentation rapide des investissements étrangers et de rendre plus aisément exécutoires les engagements souscrits par les États d'accueil dans les traités d'investissement. Par contre, pour ses opposants, il s'agit d'un mécanisme toxique, voire d'un cheval de Troie, permettant aux entreprises étrangères de remettre en cause les lois protégeant la santé publique, l'environnement et la protection sociale. Il est donc susceptible de porter préjudice à leurs intérêts et de miner le pouvoir des gouvernements nationaux d'agir dans l'intérêt des citoyens. Au Royaume-Uni, par exemple, des préoccupations ont été exprimées de voir le PTCI conduire à l'ouverture du National Health Service (NHS) à la concurrence. Des préoccupations ont également vu le jour à l'égard des sociétés pétrolières américaines dont il est craint qu'elles ne contestent les réglementations environnementales, comme les lois anti-fracturation hydrauliques ou l'interdiction européenne quant aux OGM en France.

Cette opposition se vérifie également au plus haut niveau. Plusieurs pays tiers ont

ainsi entamé un processus de révocation des traités et accords d'investissement auxquels ils sont partie et qui contiennent un mécanisme RDIE.

En réponse aux objections formulée à l'encontre du RDIE, des aménagements ont déjà été introduits dans le mécanisme figurant dans les Traités conclus avec Singapour et le Canada. Cette nouvelle approche n'a toutefois pas eu l'effet escompté, même dans les rangs des États membre. Notamment, dans une déclaration commune publiée le 21 janvier 2015, les ministres allemand et français ont exprimé le souhait de voir examinées toutes les options de modifications du CETA sur cette question. En France, les deux Chambres du Parlement avaient déjà adopté des positions clairement hostiles à l'insertion d'un mécanisme RDIE dans le CETA.

Les résultats de la consultation publique organisée par la Commission sur les chapitres consacré à la protection des investissements et au RDIE dans le PTCI, rendus publics en janvier 2015, confirment que le RDIE « nouvelle formule » ne rencontre pas l'unanimité non plus au sein de l'opinion publique. Se voient notamment mis en cause :
(i) les atteintes au droit des États de réglementer en raison de l'utilisation d'une terminologie trop vague donnant aux arbitres un ample pouvoir d'interprétation de normes comme le « traitement juste et équitable »,
(ii) les règles de sélection et de conduite des arbitres,
(iii) l'absence de procédure d'appel et
(iv) la possibilité ainsi donnée aux investisseurs de faire fi des tribunaux étatiques et le risque de mise en question du principe d'autonomie de l'ordre juridique européen.

Une nouvelle consultation publique devrait être lancée courant 2015. Entre-temps, aucune négociation relative au RDIE n'est poursuivie.

Affirmant *« I want the rule of law, not the rule of lawyers »*, la Commissaire Malmström s'est, depuis lors, prononcée en faveur du remplacement, à terme, du mécanisme RDIE par un tribunal d'investissement permanent. Dans un premier temps, seuls certains aménagements du mécanisme actuel de règlement des différends visant à répondre aux préoccupations majeures exprimées lors de la consultation publique sont toutefois proposés. Ces propositions suffiront-elles à apaiser les esprits et satisferont-elles les États-Unis ? Il est trop tôt pour le dire. À suivre donc.

5 Et aujourd'hui ?

À ce stade, le contexte est loin d'être favorable, que ce soit dans l'UE ou aux États-Unis. Aux États-Unis, les élections approchent et dans l'UE l'opposition de la société civile augmente.

Même si le Traité pouvait être finalisé pour la fin de cette année, comme prévu à l'origine, le processus de ratification prendrait du temps.

Une certaine confusion règne toujours au sujet du processus de ratification. En effet, il diffère suivant que le PTCI relève de la compétence exclusive de l'UE ou que les Etats membres ont également leur mot à dire (compétence mixte). Dans le premier cas, il appartiendra aux seuls Conseil et Parlement européen de l'adopter ou de le rejeter. Dans le second, dès lors que le Traité est considéré comme contenant des éléments qui n'entrent pas de la compétence de l'UE, il devra donc être adopté par chacun des 28 États membres[2]. Cette question n'est toujours pas tranchée.

Bien qu'il n'y ait pas encore de certitude à ce sujet, le PTCI sera vraisemblablement considéré de compétence mixte. Ceci semble, en tout cas, déjà être la position de la Commission qui a toutefois confirmé, le 4 mars 2015, qu'elle demanderait l'avis de la Cour de justice européenne sur la question de la compétence en matière de signature et de ratification de l'accord commercial avec Singapour. Il est espéré que cet avis permettra d'y voir clair sur les questions de compétence relatives au PTCI.

Conclusion

Difficile sinon impossible de trancher la question posée par le titre de cet article. Les chiffres avancés par la Commission, à l'appui des retombées favorables qu'elle invoque pour l'économie européenne, paraissent certes dérisoires mais, pour autant, faut-il craindre que l'accord envisagé ne devienne la source de tous nos maux à venir ?

Nicole VAN CROMBRUGGHE
Rédacteur en chef adjoint - Juriste International
LVP Law
Bruxelles, Belgique
nicole.vancrom@lvplaw.be

[1] Des instruments ont été récemment mis en place visant à répondre à cette préoccupation : d'une part, le « Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités » adopté en 2013 et entré en vigueurle 1er avril 2014 et, d'autre part, la « Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités » adoptée le 10 décembre 2014 et signée le 17 mars 2015 par la France, l'Allemagne, le Canada, les États-Unis, la Finlande, Maurice, la Suède et le Royaume-Uni. Cette Convention vise à donner aux États qui le souhaitent un mécanisme leur permettant de rendre les règles de transparence adoptées par la CNUDCI applicables aux arbitrages engagés en vertu de leurs traités d'investissement existants.

[2] Le champ de compétence de l'UE en matière de politique commerciale a été sensiblement élargi par le Traité de Lisbonne. Toutefois, certains éléments abordés dar le TTIP, en particulier la protection de l'investissement et le règlement des litiges, doivent vraisemblablement être considérées comme étant de compétence mixte et donc comme requérant l'approbation du Parlement national de chacun des États membres.

Le « double péril » et ses limites

Sylvie F. LÉVESQUE

En 2014, le *Juriste International*[1] publiait un intéressant article traitant de l'arrêt *Grande Stevens c. Italie*[2] rendu par la Cour européenne des droits de l'homme. On y mentionnait que cet arrêt consacrait le principe *ne bis in idem*, à savoir, que nul ne peut être pénalement rejugé pour les mêmes faits[3]. C'est à la suite de cette publication que le Comité de rédaction du *Juriste International* a cru qu'il serait intéressant de procéder à une étude comparée de la portée et de l'application de cette règle dans différentes juridictions, dont la nôtre, au Canada.

Bien que le droit canadien ne reconnaisse pas explicitement cette règle, elle trouve application à travers différents moyens de défense reconnus, mais, contrairement à sa « consécration » récente en Europe, les tribunaux canadiens en limitent régulièrement la portée, lorsqu'elle est invoquée dans un cadre autre que strictement criminel.

Au Canada, tout inculpé bénéficie de la protection contre le double péril selon les termes de l'alinéa 11 h) de la *Charte canadienne des droits et libertés :*

> *11. Tout inculpé a le droit :*
> *(…)*
> *h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni ;*

Comme le rappelait la Cour suprême du Canada dans un arrêt rendu en 2014[4], cette disposition s'inspire du libellé et de l'objectif de l'article 14.7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[5], se lisant comme suit :

> *7. Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays.*

La protection qu'accorde l'alinéa 11h) de la Charte à tout « inculpé » pour toute « infraction », peut-elle également être invoquée à l'égard de procédures devant un tribunal administratif ou disciplinaire ? En théorie, nous répondrons par l'affirmative, bien qu'en pratique, il s'avère plutôt difficile d'en faire reconnaître l'application.

Dès 1987, la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur cette question dans l'arrêt *Wigglesworth*[6] alors qu'elle devait déterminer si la déclaration de culpabilité de l'appelant relativement à une « infraction majeure ressortissant au service » au sens de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada empêchait que des procédures ultérieures ne soient engagées aux termes du Code criminel à l'égard de la même inconduite.

La majorité de la Cour, sous la plume de la juge Wilson, a décidé qu'en sus des affaires criminelles par nature ou au sens strict (critère dit de la « nature même »), l'article 11 s'applique lorsque *« Une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction est susceptible d'entraîner une véritable conséquence pénale »*[7] (critère de la « véritable conséquence pénale »). La juge Wilson précise qu'une véritable conséquence pénale serait *« L'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée »*[8].

Appliquant ces principes aux faits de l'espèce, la juge Wilson a d'abord jugé que les procédures engagées devant le tribunal du service de la Gendarmerie royale du Canada ne satisfaisaient pas à ce qu'elle a appelé le critère de la « nature même » puisqu'il ne s'agissait pas de procédures criminelles. Les procédures étaient cependant conformes au critère de la « véritable conséquence pénale » en ce que l'agent, accusé aux termes du Code de discipline était passible d'une peine d'emprisonnement d'un an s'il était déclaré coupable d'une infraction majeure ressortissant au service.

Néanmoins, la majorité de la Cour fut d'avis que l'appelant ne pouvait bénéficier de la protection de l'alinéa 11h) de la Charte, étant donné qu'il n'était pas jugé ni puni de nouveau pour la même infraction :

> *Les « infractions » sont totalement différentes. L'une porte sur une question de discipline interne. L'accusé a été déclaré coupable d'une infraction majeure ressortissant au service dont il a, par conséquent, rendu compte à sa profession.*

L'autre infraction est l'infraction criminelle de voies de faits. L'accusé doit maintenant rendre compte de sa conduite à la société en général. (P. 566)

En 1990, la Cour suprême du Canada fut de nouveau saisie d'une question relative à la protection contre le double péril dans l'affaire *Shubley*[9]. L'appelant, lui-même détenu, aurait attaqué un autre détenu. Au terme d'une enquête interne informelle, l'appelant fut placé en isolement cellulaire pendant 5 jours à un régime alimentaire réduit. Postérieurement, la victime de l'agression a décidé de porter plainte à la suite de laquelle l'appelant fut accusé de voies de fait causant des lésions corporelles. C'est dans ce contexte que la Cour devait déterminer, sur la base des enseignements de l'arrêt *Wigglesworth* précité, si les procédures disciplinaires du centre de détention constituaient une déclaration de culpabilité et une punition pour une « infraction ».

La majorité de la Cour (la juge Wilson étant ici dissidente) rappelle que la détermination du caractère criminel des procédures dépendra non pas de la nature de l'acte à l'origine des procédures, mais de la nature des procédures elles-mêmes, l'alinéa 11h) protégeant contre la répétition des procédures de nature criminelle. La Cour ajoute que l'alinéa 11h) n'empêche pas que deux sortes de procédures, les unes criminelles et les autres non criminelles, découlent du même acte[10] en ce qu'il est possible qu'un acte unique comporte plus d'un aspect et entraîne plus d'une conséquence juridique.

Tous les juges furent d'avis que les procédures disciplinaires de l'établissement carcéral n'étaient pas criminelles de par leur nature même. La majorité fut d'avis qu'elles n'entraînaient pas davantage de « véritables conséquences pénales » puisqu'elles ne comportaient ni amende, ni emprisonnement, alors que pour la minorité, dont la juge Wilson, l'isolement cellulaire (notamment) devait être considéré comme une forme de punition et son imposition une véritable conséquence pénale.

Bien que la Cour suprême du Canada ait précisé dans ces arrêts que la protection contre le double péril s'applique non seulement aux instances de nature criminelle, mais également aux instances non criminelles qui se soldent par l'imposition de véritables conséquences pénales, en pratique, cette protection est difficilement reconnue dans le cadre d'un processus administratif ou disciplinaire.

C'est pourquoi une majorité d'auteurs au Canada sont d'avis que la protection de l'article 11h) de la Charte a une portée plutôt restreinte.

Terminons en abordant plus spécifiquement la jurisprudence rendue en matière disciplinaire au Québec, régie par le Code des professions[11].

En vertu de cette législation, le professionnel (dont les avocats) reconnu coupable d'une infraction disciplinaire se verra imposer une des sanctions prévues à l'article 156 dudit Code des professions, soit de la réprimande à la révocation de permis, y compris une amende.

Dès 1992, la Cour d'appel du Québec rappelait le caractère *sui generis*[12] du droit disciplinaire québécois[13]. Elle jugeait que c'était à tort que plusieurs tentaient d'y introduire l'ensemble des principes du droit pénal. Pour la Cour, une plainte devant un comité de discipline n'était pas une procédure criminelle (ni quasi criminelle).

Plus récemment, la Cour d'appel du Québec réitérait que, de façon générale, l'article 11 de la Charte ne s'appliquait pas dans un contexte disciplinaire, sous réserve des deux exceptions suivantes : si l'organisme possède le droit d'infliger une peine d'emprisonnement ou un pouvoir illimité d'imposer des amendes[14].

Même une amende importante ne saurait rencontrer le critère de la « véritable conséquence pénale » dans la mesure où elle est imposée sur la base du critère de la dissuasion générale :

[66] (…) Selon le contexte, une amende n'est pas considérée comme une mesure punitive lorsqu'elle vise à protéger le public. En matière disciplinaire, la condamnation au paiement d'une amende ne constitue pas, en principe, une conséquence de nature pénale, même lorsque le montant de l'amende est important, si cela est nécessaire pour prévenir la récidive du contrevenant et dissuader d'autres professionnels de contrevenir à la loi[15].

Il ressort de ce qui précède que, dans l'état actuel du droit au Québec, une condamnation dans le système disciplinaire ne constitue pas une fin de non-recevoir à une poursuite criminelle ou pénale sur les mêmes faits[16].

Notons cependant que la jurisprudence des cours d'appel du pays n'est pas unanime sur la question, la Cour d'appel de Colombie-Britannique ayant notamment jugé qu'une amende était « punitive » en raison de son montant qu'elle a considéré substantiel[17], alors que la Cour d'appel de l'Alberta a pris, à quelques reprises, une position contraire[18]. La question semble donc encore ouverte jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada soit de nouveau saisie de cette intéressante question.

Voilà un autre exemple de l'impact de la diversité d'un système fédératif à pouvoirs partagés !

Sylvie F. LÉVESQUE
Avocate
Deveau Avocats
Laval, Québec, Canada
slevesque@deveau.qc.ca

1 Juriste International 2014-3, page 30.
2 Requête n. 18640/10 du 4 mars 2014.
3 Principe aussi connu sous le nom de « double jeopardy ».
4 Canada (A.G.) c. Whaling, [2014] 1 R.C.S. 392.
5 999 R.T.N.U. 171.
6 R. c. Wigglesworth, [1987] 2 R.C.S. 541.
7 Id., p. 561.
8 Id.
9 R. c. Shubley, [1990] 1 R.C.S. 3.
10 Id., p. 19.
11 RLRQ c. C-26.
12 Sur le caractère hybride du système, voir, Claude G. Leduc, « Le système disciplinaire made in Québec », Juriste International, 2014-4, page 49.
13 Béliveau c. Barreau du Québec, 1992 CanLII 3299.
14 Thibault c. Da Costa, 2014 QCCA 2347, par. 49.
15 Id.
16 Sylvie Poirier, La discipline professionnelle au Québec, principes législatifs, jurisprudentiels et aspects pratiques, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1998, pages 37 et 38.
17 Thow v British Columbia (Securities Commission), 2009 BCCA 46 – Amende de 6 millions.de $.
18 D'abord dans Alberta (Securities Commision) v. Brost, 2008 ABCA 326 – Amende de 650 000 $, puis subséquemment à l'arrêt Thow, dans Lavallée v. Alberta (Securities Commission), 2010 ABCA 48 et Alberta (Securities Commission) v. Workum, 2010 ABCA 405.



Peut-on encore être jugé deux fois pour les mêmes faits ? La France au milieu du gué



Henri CARPENTIER & Cécile MADEC

Un des acquis de la Révolution française est de donner au justiciable la certitude qu'il ne pourra être poursuivi et, à plus forte raison, sanctionné, deux fois pour les mêmes faits. Une manière claire de mettre fin à l'absolutisme étatique et à un certain opportunisme de sa politique pénale.

> Au cours de l'année 2014, la Cour européenne a été plus loin dans l'affirmation de son strict refus de tout contournement par les instances nationales du principe *non bis in idem.*

Cette certitude est désormais battue en brèche : en dépit des plus hauts traités internationaux, des fermes coups de semonce de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la France persiste à vouloir poursuivre ses citoyens deux fois pour les mêmes faits. La raison ? Le juge qui sanctionne ne serait pas à chaque fois le même : le juge administratif et le juge pénal se succèdent ainsi pour infliger la peine. Mais si la main qui tient le bâton diffère, le dos de celui qui en subit les affronts n'en est pas moins pareillement rougi.

L'interdiction du cumul des poursuites et du cumul de sanction

Le principe *non bis in idem* est consacré à l'article 6 du Code de procédure pénale, par l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) et par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux. Pourtant, la France s'est toujours refusée à en faire pleine application s'agissant du cumul des sanctions prononcées par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) et par le juge pénal.

La position de la France sur la dualité des poursuites et le cumul des sanctions jusqu'à l'arrêt Grande Stevens

Le Conseil Constitutionnel considère, depuis sa décision du 28 juillet 1989[1] que dans l'éventualité d'une double procédure, le cumul des sanctions pénales et administratives est possible en raison de la nature différente des sanctions. La seule limite apportée est celle de la proportionnalité. Ainsi, lorsque se produit le cumul des peines, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. Cette condition restreint la portée protectrice des textes rappelés ci-dessus puisqu'elle ne vise que le cumul des sanctions et fait fi du cumul des poursuites : un citoyen peut donc être poursuivi puis relaxé par l'AMF avant d'être poursuivi puis condamné devant le tribunal correctionnel, ou inversement !

La Chambre criminelle de la Cour de cassation soutient de manière constante que la dualité des sanctions administrative et pénale ne viole pas la règle du *non bis in idem* consacrée par l'article 4 du protocole 7 à la CESDH dès lors que la réserve d'application française au Protocole limite l'application du principe aux procédures soumises aux juridictions pénales[2].

En janvier dernier, dans un arrêt du 22 janvier 2014, la Cour de cassation validait à nouveau le cumul des sanctions administratives et pénales, affirmant que l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'opposait pas au cumul des sanctions dès lors qu'il *« garantit la sanction effective, proportionnée et dissuasive (...) dont dépend la réalisation de l'objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne[3]»* et que le principe de proportionnalité est respecté.

Le Conseil d'État a, de son côté, discrètement introduit une première brèche en jugeant que l'AMF, lorsqu'elle prononce des sanctions, doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale. Ce faisant, le Conseil d'État rejoint clairement la position adoptée par la CEDH[4].

Les critères d'application du principe *non bis in idem* posés par la CEDH

La CEDH a été saisie par des justiciables estimant que subir deux fois la même accusation puis la même peine, certes prononcée par des autorités administratives ou judiciaires différentes, contrevenait au principe *non bis in idem*.

En matière d'accusation, depuis l'arrêt Zolotoukhine c/ Russie du 10 février 2009, la Cour considère que *« l'article 4 du protocole 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes. »* (CEDH, grande chambre, 10 février 2009, Zolotoukhine c/ Russie, n° 14939/03). Dès lors, la qualification juridique des faits poursuivis à deux reprises par les autorités nationales importe moins que la nature des faits eux-mêmes.

De même, en matière de sanction, depuis l'arrêt Engel c/ Pays-Bas, une sanction est à caractère pénal si la mesure est qualifiée comme telle en droit interne, si la nature de la sanction est par essence de nature pénale ou si la gravité de la sanction est telle qu'elle revêt un caractère nécessairement pénal.

La Cour européenne des droits de l'homme rejette ainsi une lecture exclusivement objective de la peine prononcée qui ne se définirait que par la juridiction ayant prononcée, au profit d'une lecture subjective : quel que soit le tribunal l'ayant prononcé, une peine est de nature pénale, si elle en présente les caractéristiques.

Par voie de conséquence, les juridictions dites pénales comme le tribunal correctionnel ne disposent plus du monopole de la sanction pénale.

A titre concret, la CEDH se prononçant à propos de certaines autorités administratives françaises compétentes en droit économique et financier et disposant de pouvoir de sanction, avait déjà jugé que l'article 6, dans son volet pénal, s'appliquait à la Commission des sanctions de l'autorité des marchés financiers (CEDH, affaire Messier c/ France, 19 mai 2009).

Au cours de l'année 2014, la Cour européenne a été plus loin dans l'affirmation de son strict refus de tout contournement par les instances nationales du principe *non bis in idem*.

Dans un arrêt rendu à l'unanimité le 4 mars 2014, définitif depuis le rejet du recours exercé par l'Italie en date du 8 juillet 2014, la CEDH a condamné l'Italie en raison du cumul des poursuites pénale et administrative en matière d'infractions boursières et a instamment demandé à l'Italie de *« clôturer dans les plus brefs délais les poursuites pénales à l'encontre des deux mis en cause »*[5].

Cet arrêt a entendu mettre fin aux réserves d'application apportées par les juridictions nationales au principe *non bis in idem*.

La validité de la réserve française au Protocole 7 à la CEDH

La France et l'Italie, pour se préserver la faculté de poursuivre un même individu devant l'autorité administrative en matière boursière puis devant le tribunal correctionnel, invoquaient la réserve qu'elles avaient introduite, en termes similaires, quant à l'application du Protocole 7 à la CESDH selon laquelle, pour la France : *« Le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent protocole. »*

Cette réserve est strictement liée à une lecture exclusivement objective de la sanction : constitue une sanction pénale une sanction délivrée par une juridiction statuant en matière pénale.

Cependant, la Cour avait déjà remis en cause la validité d'une réserve formulée par l'Autriche à l'identique à la réserve française (CEDH, 23 octobre 1995, Gradinger c/ Autriche, n° 238-C), sans succès, puisque les juridictions nationales persistaient à utiliser cette réserve pour préserver le principe de la double poursuite.

À travers l'arrêt Grande Stevens, la Cour a écarté formellement cette réserve en raison de son caractère trop général en contradiction avec les dispositions de l'article 57 de la CESDH. Elle relève notamment *« qu'une réserve qui n'invoque ni ne mentionne les dispositions spécifiques de l'ordre juridique national excluant des infractions ou des procédures du champ d'application de l'article 4 du protocole 7, n'offre pas à un degré suffisant la garantie qu'elle ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartée par l'État contractant. Par conséquent, la réserve invoquée par l'Italie ne satisfait pas aux exigences de l'article 57 et n'est de ce fait pas valide »*.

La réserve apportée par la France n'est donc plus de nature à lui permettre d'écarter davantage l'application du principe *non bis in idem* en droit interne, sauf à contrevenir directement au principe posé par la Cour européenne des droits de l'homme.

Qu'en est-il de l'application du droit européen en France ?

La Cour de cassation a rappelé dans ses 4 arrêts d'Assemblée plénière du 15 avril 2011 que *« Les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »*. Les droits garantis par la Convention devant être effectifs et concrets, le principe de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoqués pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable.

L'arrêt Grande Stevens étant devenu définitif depuis le 8 juillet 2014, le débat sur la dualité des poursuites et le cumul des sanctions administrative et pénale a été vivement relancé dans les prétoires.

L'impact immédiat de la décision Grande Stevens dans l'ordre juridique français.

Si les avocats plaidaient jusqu'à présent avec conviction, mais sans grand espoir de recevoir application du principe *non bis in idem* en cas de dualité des poursuites et de cumul des sanctions administratives et pénales, l'arrêt Grande Stevens de la CEDH a constitué un tournant majeur.

Pour rappel, la Cour d'appel de Paris avait déjà entamé les prémices d'une réforme à venir en considérant dans un arrêt du 14 février 2012, que les sanctions de l'AMF des dispositions de l'article L621-15, III du CMF revêtent un caractère pénal, rappelant notamment que : *« Que le montant particulièrement élevé de ces sanctions pécuniaires et la possibilité offerte à l'Autorité des marchés financiers de leur donner une publicité les rendent assimilables à des amendes pénales ;*

Que le caractère para-pénal de ces sanctions est renforcé par les dispositions de l'article L.621-16 du code monétaire et financier, qui offre la possibilité au juge pénal d'imputer le montant de ce type de sanction sur l'amende qu'il prononce lorsqu'il statue sur les faits dont l'Autorité des Marchés Financiers a eu à connaître, ce qui démontre que ces deux sanctions sont de même nature. »

Ainsi, par jugement en date du 4 juin 2014, le Tribunal correctionnel de Paris, dans l'affaire Altran, a annulé l'ordonnance de renvoi et a renvoyé l'affaire devant le juge d'instruction et ce, notamment, parce que ce dernier avait refusé de répondre aux observations d'une partie sur la possibilité de poursuivre les prévenus déjà condamnés par l'AMF, en violation de *non bis in idem.*

Par jugement du 26 septembre 2014, dans l'affaire Péchineyet de l'OPA d'Alcan, la 11e Chambre du Tribunal correctionnel a rendu une première décision au fond faisant écho direct à l'arrêt Grande Stevens.

Le Tribunal correctionnel a jugé qu'il y a tout lieu d'appliquer la règle du principe *non bis in idem* lorsque des sanctions ont été infligées par une autorité administrative et pénale : *« Il est donc vraisemblable que la jurisprudence de la Cour EDH pourrait conduire à constater comme contraire à la règle non bis in idem toute condamnation prononcée par une juridiction pénale lorsqu'est déjà intervenue une sanction de l'AMF ».* Ils ont également affirmé que la réserve de la France risque effectivement d'être invalidée à l'instar de la réserve de l'Autriche et de l'Italie.

Les deux principaux obstacles à l'application du principe *non bis in idem* viennent ainsi d'être levés.

Cependant, le tribunal a rejeté l'application de la règle *non bis in idem* au cas d'espèce, au regard des objectifs imposés par le législateur européen concernant la réglementation en matière d'abus de marché. Il est ainsi fait application de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Äklagaren c. Hans Äkerberg Fransson. Cet arrêt établit que l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre impose une sanction fiscale et une sanction administrative, à la condition que la première sanction ne revête pas un caractère pénal, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier au regard des critères Engel posés par la CEDH. Le Tribunal correctionnel a également retenu que le cumul des sanctions est possible lorsqu'il permet de garantir une sanction effective, proportionnée et dissuasive pour garantir l'intégrité des marchés financiers communautaires. C'est principalement sur ce dernier fondement que le Tribunal a décidé que la dualité des poursuites entraînant un cumul des sanctions ne contrevenait pas à la règle *non bis in idem*.

Ce jugement peut faire l'objet de plusieurs remarques.

La France a adhéré à la Convention EDH : elle s'est engagée à respecter les droits fondamentaux tels que reconnus dans la CESDH dans le droit de l'Union. Ainsi, si la législation européenne ne s'oppose pas au cumul des sanctions, elle impose que ce cumul ne contrevienne pas à la règle *non bis in idem,* comme le rappelle les juges de la 11e Chambre. Cependant, pour s'en assurer, il est essentiel de déterminer la nature des infractions en concours avant de pouvoir apprécier si le cumul des sanctions est possible.

Aussi, au regard de la jurisprudence Grande Stevens, la décision des juges de réfuter le caractère pénal d'une sanction pécuniaire à hauteur de 1,5 million d'euros est apparue inattendue. En effet, la CEDH a considéré que les amendes allant de 500 000 à 3 000 000 euros revêtaient un caractère pénal : *« Les amendes étaient, par leur montant, d'une sévérité indéniable, entraînant pour les intéressés des conséquences patrimoniales importantes. »* (Paras. 97-98 de la décision Grande Stevens).

Or, sauf à considérer de façon rétrograde et injustifiée que seul l'emprisonnement dispose du caractère pénal, une peine d'amende constitue, en toute certitude, une sanction pénale : selon l'article 132-17, al. 2 du code pénal, dans l'hypothèse où la loi prévoit plusieurs peines principales (peine privative de liberté, amende, etc.), la juridiction saisie a la faculté de ne prononcer que l'une des peines encourues.

Le Tribunal correctionnel a également fondé son jugement au regard des objectifs fixés par le législateur européen pour garantir l'intégrité des marchés financiers communautaires. À ce titre, les juges se sont référés à la Directive de 2003, mais également et surtout, au Règlement n° 596/2014 sur les abus de marché et à la Directive 2014/57/UE du 16 avril 2014 sur les sanctions pénales en cas d'abus de marché. Or, cette dernière Directive vient alourdir le dispositif actuellement en place en imposant des sanctions pénales avec un quantum minimal pour les abus de marché commis intentionnellement. Elle prévoit des peines d'emprisonnement d'au moins deux ans pour la divulgation illicite d'informations privilégiées et d'au moins quatre ans pour les opérations d'initiés ou les manipulations de marché.

Ce raisonnement se heurte aux principes posés par l'article 8 de la Déclaration de 1789 : *« Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée »* et par l'article 112-1 du code pénal qui énonce que les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur, et n'ayant pas été définitivement jugées, lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes. La Directive

n'a certes pas encore été transposée dans l'ordre juridique français. Mais ses objectifs de répression, sur lesquels les juges ont fondé leur décision, interfèrent directement avec le principe de non-rétroactivité du droit pénal.

In fine, le jugement du 26 septembre 2014 reconnaît l'application de la règle *non bis in idem*, tout en posant une première exception pour les infractions soumises à la législation boursière européenne, par ailleurs, plus répressive et postérieure aux infractions. Pourtant, la jurisprudence de l'arrêt Grande Stevens a prononcé une décision dépourvue de toute ambiguïté : la règle *non bis in idem* s'applique en cas de dualité des poursuites pénale et administrative.

Ce jugement du 26 septembre 2014 n'est pas sans retombées sur les autres dossiers en matière d'infractions boursières, et notamment l'affaire EADS qui concerne également des infractions relatives aux abus de marché, qui a débuté le 3 octobre 2014.

Le commencement d'une nouvelle « bataille » de procédure

Dans l'affaire EADS, les avocats de la défense ont engagé la bataille de la constitutionnalité. Deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) sur le respect de la règle *non bis in idem* en matière boursière ont ainsi été transmises au Conseil Constitutionnel, les juges de la 11e Chambre estimant que *« Le Conseil constitutionnel s'est [déjà] prononcé sur le cumul des sanctions [mais] pas sur le cumul des poursuites ».*

Or, dans sa décision du 18 mars 2015, le Conseil Constitutionnel persiste à considérer que *« seule une décision définitive rendue par une juridiction répressive statuant sur l'action publique a l'autorité de la chose jugée en matière pénale ».* Ce syllogisme judiciaire traduit le maintien de la position française : ce qui importe, ce n'est pas la peine, mais l'autorité qui la prononce. Pour poursuive la métaphore du bâton, la juridiction suprême surveille moins le dos de celui qui en supporte les coups que la main qui les porte. Ainsi, l'amende prononcée par l'AMF (qui peut atteindre plusieurs millions d'euros) n'a pas, en dépit de sa sévérité qui va au-delà des peines prévues au code pénal, l'autorité de la chose jugée en matière répressive.

Cet immobilisme de la conception française du principe *non bis in idem* creuse le fossé avec la lecture européenne, basée sur les faits et sur ce qui est effectivement jugé à l'encontre du justiciable. Le risque d'une nouvelle condamnation de la France par la CEDH demeure, sauf à envisager une réforme du système actuellement en place concernant l'articulation des procédures administrative et judiciaire.

Quelles sont les solutions qui vont s'offrir à la France ?

La France va devoir réfléchir à l'articulation ou à la refonte de la procédure AMF et de la procédure pénale pour des faits identiques punissables au titre de sanctions dites administratives et de sanctions pénales. Un choix va devoir s'opérer, mais lequel ?

Le rapport Coulon de 2008 a déjà proposé une articulation entre la procédure de l'AMF et la procédure pénale qui tendait à ce que l'AMF saisisse le Parquet lorsque des faits lui étant soumis étaient susceptibles d'être sanctionnés pénalement et administrativement. En contrepartie, l'AMF s'engageait à surseoir à l'engagement des sanctions, le temps que l'enquête pénale soit achevée et que le Parquet considère l'opportunité des poursuites.

Une partie de la doctrine préconise la création d'un Tribunal des marchés financiers juridiction spécialisée. D'autres envisagent d'investir l'AMF de pouvoirs juridictionnels ou d'investir une juridiction existante en lui donnant le rôle et les pouvoirs de l'AMF[6].

Ces solutions visant à la création d'une juridiction *ad hoc* présentent toutefois l'inconvénient de faire sortir des juridictions de droit commun tout un pan du droit, tandis qu'il existe déjà des chambres spécialisées à la compétence reconnue.

À cet égard, l'articulation des procédures pénales et administratives autour du principe de subsidiarité, tel qu'il existe actuellement à la Cour pénale internationale, paraît préférable. Le principe de subsidiarité pourrait s'opérer au profit de l'AMF et ne donner pouvoir aux instances judiciaires de ne poursuivre les infractions qu'en cas d'inaction de l'AMF, ou de demande d'arbitrage en faveur de l'ordre judiciaire sollicitée par le ministère public et les parties au procès.

La France, devra choisir d'abandonner ce cumul de poursuites, qui apparaît effectivement bien artificiel : l'AMF condamne, puis transmet son dossier au juge d'instruction, lequel se fonde sur ce même dossier pour renvoyer le justiciable devant le tribunal correctionnel, qui prononce à nouveau une condamnation. Définitivement, que la peine soit qualifiée d'administrative puis de pénale, les épaules de la personne poursuivie subissent à deux reprises le même fardeau. Ce cumul doit cesser.

Henri CARPENTIER
Carpentier Avocats
Nantes, France
hcarpentier@electa.fr

Cécile MADEC
Avocate
Nantes, France
cmadec@electa.fr

1 Conseil Constitutionnel, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989. Cette décision était confirmée le 20 juillet 2012.
2 Cass. Crim, 1 mars 2000, n° 99-86.299.
3 Cass. Crim., 22 janvier 2014, Arrêt n° 7049 (12-83.579).
4 CE, 6e et 1ère sous-sections, 4 février 2005, n° 269001, Sté GSD Gestions : Jurisdata n° 2005-068135.
5 CEDH, 2e section, affaire Grande Stevens et a. c/ Italie, 4 mars 2014, n° 18640/18.
6 «Juridiction ad hoc. - Pourquoi ne pas traiter tout le contentieux boursier devant une seule juridiction ? », Didier Kling et Nathalie Huet, Ed. Lexisnexis, 21 avril 2014.



The Court of Justice of the European Union (CJEU) and the National Court – the Role of the Lawyer

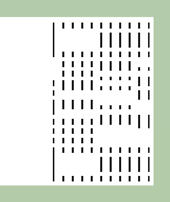
La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) et la juridiction nationale – Le rôle de l'avocat

FRIDAY, SEPTEMBER 25 & SATURDAY, SEPTEMBER 26, 2015

Vendredi 25 et samedi 26 septembre 2015

SOFIA

BULGARIE



Information and online registration at www.uianet.org

Informations et inscription sur www.uianet.org

Juriste International : politique éditoriale

L'objectif du Juriste International *est d'offrir un forum de débats et d'informations sur des sujets qui intéressent les juristes en exercice dans le monde entier.*
Le Juriste International *n'esquivera pas les questions délicates ou controversées. Une publication qui ne viserait que des sujets faciles et sans risques ou qui ne publierait que des articles exprimant des opinions unanimes ou majoritaires ne vaudrait pas la peine d'être lue.*
Les opinions exprimées dans le Juriste International *ne reflètent que celles de leurs auteurs. La publication dans le* Juriste International *n'implique ni que l'UIA ni que le* Juriste International *partagent ou soutiennent ces opinions.*
La publication ou la dissémination de matériel publicitaire ou promotionnel par le Juriste International *n'indique en aucun cas l'approbation des produits, services, personnes ou organisations par l'UIA ou par le* Juriste International.

Juriste International : editorial policy

The aim of Juriste International *is to offer a forum for discussion and information on issues of interest to practising lawyers throughout the world.*
Juriste International *will not avoid difficult or controversial issues. A journal which covered only the safe or easy issues, or which only published articles expressing the consensus view or the opinions of the majority, would not be worth reading.*
The views expressed in articles in Juriste International *are the views of the authors. Publication in* Juriste International *does not imply that either the UIA or* Juriste International *shares or supports those views.*
Publication or dissemination of advertising or promotional material does not indicate endorsement or support of any product, service, person or organisation by the UIA or Juriste International.

Juriste International : política editorial

El objetivo de Juriste International *es el de ofrecer un fórum de debate e información sobre temas que interesan a los juristas en ejercicio en el mundo entero.*
Juriste International *no eludirá las cuestiones delicadas o controvertidas. No valdría la pena leer una publicación que trate únicamente sobre temas fáciles y sin riesgo, o que publique tan sólo artículos que expresen opiniones unánimes o mayoritarias.*
Las opiniones expresadas en Juriste International *son sólo el reflejo del punto de vista de sus autores. Su publicación en* Juriste International *no implica que la UIA o* Juriste International *comparta o apoye dichas opiniones.*
La publicación o distribución de material publicitario o promocional en Juriste International *no indica en ningún caso la aprobación de los productos, servicios, personas u organizaciones por parte de la UIA o de* Juriste International.

JURISTE INTERNATIONAL

PUBLICATION DE L'UIA / UIA PUBLICATION / PUBLICACIÓN DE LA UIA

Directeur de la Publication / Publication Director / Director de la Publicación
Président Miguel LOINAZ

Union Internationale des Avocats (UIA)
25, rue du Jour
75001 PARIS (France)
Tel. +33 1 44 88 55 66
Fax. + 33 1 44 88 55 77
E-mail : uiacentre@uianet.org
Site Web : www.uianet.org
ISSN : 0758-2471

ÉQUIPE DE REDACTION / EDITORIAL TEAM / EQUIPO DE REDACCIÓN

Bénédicte QUERENET-HAHN,
Rédacteur en Chef / Chief Editor / Redactor Jefe

Jerome ROTH,
Rédacteur en Chef Adjoint / Deputy Chief Editor / Redactor Jefe Adjunto

Nicole VAN CROMBRUGGHE,
Rédacteur en Chef Adjoint / Deputy Chief Editor / Redactor Jefe Adjunto

Directeurs de rubriques / Section Directors / Directores de sección

Actualités de l'UIA / UIA News / Novedades de la UIA
Simona MATTA

Droits de l'Homme et de la Défense / Human Rights and Protection of Lawyers / Derechos Humanos y de la Defensa
Carlos FATÁS MOSQUERA › Martin PRADEL

La Profession d'Avocat / The Legal Profession / La Abogacía
Franco VILLA › Francis GERVAIS

Pratique du Droit / Legal Practice / Ejercicio de la Abogacía
Nicole VAN CROMBRUGGHE › Gavin LLEWELLYN

Secrétaire de Rédaction / Editorial Assistant / Secretaria de Redacción
Marie-Pierre RICHARD

RÉGIE PUBLICITAIRE / ADVERTISING SALES AGENCY/ AGENCIA DE MEDIOS

SEEPP - Régis LAURENT
7, rue du Général Clergerie - 75116 Paris - France - Tél. : +33 1 47 27 50 05
seepp@wanadoo.fr

MAQUETTE ET EDITION / DESIGN AND EDITIONS / MAQUETA Y EDICIÓN

BE TREND - yann.populaire@orange.fr

Tirage - Distribution / Circulation - Distribution / Tirada - Distribución
2700 exemplaires / copies / ejemplares

Crédit photos / Photos credit / Crédito fotos
› Shutterstock © - iStock ©.



Cabinet
BONNEFOUS



PARIS
LUXEMBOURG
BRUXELLES

Comme vos confrères, faites confiance à des professionnels !



Vos traductions sont notre métier !

- Traductions libres ou assermentées
- Traductions urgentes
- Interprétariats
- Légalisations
- Toutes Langues
- **Tous documents :** Contrats, Assignations, Appels d'Offres, Sentences Arbitrales, etc....

DEVIS GRATUITS EN 1 HEURE
Tél. + 33 1 45 53 23 13
bonnefous@bonnefous.com
www.bonnefous.com



LE SPÉCIALISTE DES **TRADUCTIONS JURIDIQUES ET FINANCIÈRES**



Cabinet
BONNEFOUS



PARÍS
LUXEMBOURGO
BRUSELAS

¡Confie en los profesionales de la traducción!



Traducir es nuestro oficio :

- Traducciones libres o juradas
- Traducciones urgentes
- Interpretariado
- Legalizaciones
- Todos los idiomas
- **Todo tipo de documentos :** Contratos, Notificaciones, Licitaciones, Laudos arbitrales, etc....

PRESUPUESTO GRATUITO EN UNA HORA
Tel. + 33 1 45 53 23 13
bonnefous@bonnefous.com
www.bonnefous.com



EL ESPECIALISTA DE LAS **TRADUCCIONES JURÍDICAS Y FINANCIERAS**

Cabinet BONNEFOUS



Cabinet
BONNEFOUS

PARIS
LUXEMBOURG
BRUSSELS

Do as your colleagues do, place your trust in professionals !



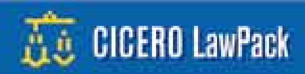
Translation is our core business !

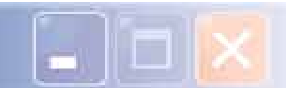
- Free or sworn translations
- Urgent translations
- Interpretation
- Legalisations
- All languages
- **All types of documents :** contracts, writs of summons, calls for tender, arbitration awards, etc....

FREE ESTIMATE WITHIN THE HOUR
Tel. + 33 1 45 53 23 13
bonnefous@bonnefous.com
www.bonnefous.com



THE SPECIALIST IN **LEGAL AND FINANCIAL TRANSLATION**





SOFTWARE

FOR LEGAL DEPARTMENTS

CICERO LawPack®

www.cicero.be - sales@cicero.be